

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**A VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO COMO FORMA DE
INADIMPLENTO NO DIREITO BRASILEIRO**

FERNANDO DE LIMA LUIZ

**FLORIANÓPOLIS
2015**

FERNANDO DE LIMA LUIZ

**A VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO COMO FORMA DE
INADIMPLEMENTO NO DIREITO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Rafael Peteffi da Silva

FLORIANÓPOLIS

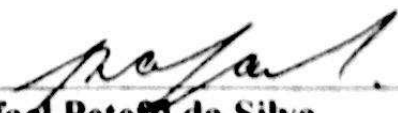
2015



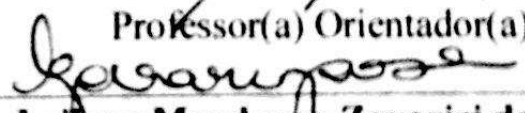
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DE MONOGRAFIA
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**A violação positiva do contrato como forma de inadimplemento no direito brasileiro**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Fernando de Lima Luiz**, defendido em **07/07/2015** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

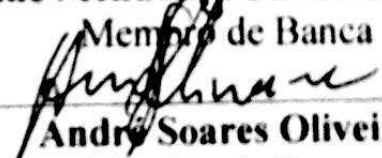
Florianópolis, 7 de Julho de 2015



Rafael Petern da Silva
Professor(a) Orientador(a)



Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa
Membro de Banca



André Soares Oliveira
Membro de Banca



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

COORDENADORIA DE MONOGRAFIA

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E

ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): **Fernando de Lima Luiz**

RG:

CPF:

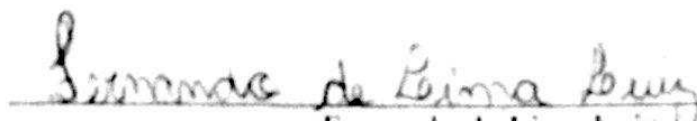
Matrícula: **11100235**

Título do TCC: **A violação positiva do contrato como forma de inadimplemento no direito brasileiro**

Orientador(a): **Rafael Peteffi da Silva**

Eu, **Fernando de Lima Luiz**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 7 de Julho de 2015


Fernando de Lima Luiz

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço à minha mãe, pelo apoio incondicional a todas as minhas decisões; à minha irmã, por ter sido a luz que me direcionou pelo caminho que hoje percorro; e à minha namorada, que tantas vezes me ouviu falar sobre o curso, as dúvidas e as decisões que um universitário precisa tomar.

Ao meu professor e orientador, Rafael Peteffi da Silva, que foi uma das pessoas responsáveis pela paixão que desenvolvi pelo Direito Civil ao longo da faculdade; bem como aos demais mestres que contribuíram para essa paixão (André Soares, Leilane Rosa, Renata Raupp, José Pilatti, Eduardo Lamy, Eduardo Mello, Marcus Borges e Pedro Miranda).

Aos meus amigos do curso (e da vida), em especial ao Iury, em quem confio de olhos fechados; ao Rafael, que conseguiu me fazer aguentar os primeiros (e mais difíceis) anos longe de casa; ao Evandro, por todo o conhecimento e piadas (sem noção) compartilhadas; ao Leonardo, por me mostrar uma forma diferente de amizade; à Bianca, a qual admiro pela força de vontade nas situações da vida; à Bárbara, pela forma que sua admiração sempre me deu forças para ir cada vez mais longe; e à Luíza, cuja personalidade realmente me inspira.

Aos colegas (ex e atuais) de trabalho, principalmente à Paola, por sempre ter me ajudado em todas as minhas necessidades enquanto eu era um adolescente “sem rumo” nessa cidade; ao José, que me mostrou um modelo de pessoa e profissional a se seguir; à Talita, por compartilhar comigo tantas coisas profundas e pessoais; à Isabela, que foi realmente uma mentora na minha vida profissional jurídica, acreditando em mim e me incentivando desde o meu primeiro dia de trabalho, ainda como estagiário; e ao Cláudio, pessoa que é, profissionalmente, o que eu sonho um dia alcançar, cujas palavras de incentivo fizeram e fazem toda a diferença no meu caminho profissional.

RESUMO

A teoria do inadimplemento é comumente trabalhada, no direito brasileiro, dividindo-o em dois, o absoluto e o relativo. Há, também, regramento específico a respeito de uma teoria geral dos vícios. Não obstante, existem hipóteses que, faticamente, se tratam de inadimplemento, mas que não se incluem entre os conceitos acima, o que evidencia a existência de uma lacuna no direito pátrio. Isso porque a incidência da boa-fé objetiva na relação obrigacional ampliou o feixe de deveres existentes nesta, transformando-a no que se convencionou chamar de complexa. A ofensa a tais deveres (laterais) precisa ser tida como hipótese de inadimplemento contratual, sendo essa a conceituação da teoria da violação positiva do contrato no direito brasileiro (vilipêndio aos deveres laterais de conduta). O reconhecimento da incidência de tal teoria não se trata apenas de academicismo exacerbado, na medida em que é diferenciador na resolução de casos concretos, porquanto permite à parte a utilização de figuras típicas ao inadimplemento, como a exceção de contrato não cumprido.

Palavras-chave: Inadimplemento absoluto. Inadimplemento relativo. Boa-fé objetiva. Obrigação complexa. Deveres laterais. Violação Positiva do Contrato.

ABSTRACT

The contract breach theory is traditionally worked, in the Brazilian law, dividing it in two, the absolute and the relative. There is, also, specific rules about a general theory of defects. However, there is hypothesis that, in fact, are breach, but are not included between the concepts related above, what shows the existence of a blank, in Brazilian law. This occurs because the incidence of objective good faith in the obligatory relation enlarged the sheaf of duties incidents in that, transforming it in what agreed to call complex. The offense at this duties (sides) have to be had as hypothesis of contractual default, being this the conceptualization of the positive breach of contract in the Brazilian law (offense at the contract's side duties). The recognize incidence of these theory isn't only an exacerbated academicism, because it is a differentiator in the resolution of concrete cases, once it allows to the contractor the use of typical figures of contract breach, like the exception of not concluded contract.

Key words: Absolute breach. Relative breach. Objective good faith. Complex obligation. Side duties. Positive violation of the contract.

SUMÁRIO

Introdução.....	10
1. Teoria do inadimplemento e a lacuna do ordenamento brasileiro.....	12
1.1. Inadimplemento absoluto e inadimplemento relativo.....	13
1.1.1. Inadimplemento absoluto.....	13
1.1.1.1. Impossibilidade.....	14
1.1.1.2. Falta de interesse do credor.....	19
1.1.2. Inadimplemento relativo.....	20
1.1.2.1. Mora.....	21
1.1.2.2. Impossibilidade temporária.....	23
1.2. As garantias legais de prestação.....	24
1.2.1. Vício de direito.....	25
1.2.2. Vícios do objeto.....	29
1.2.3. Enquadramento das garantias de prestação como hipóteses de inadimplemento.....	32
1.3 A lacuna existente no ordenamento jurídico brasileiro.....	33
2. Pressupostos de aplicação: a boa-fé, a obrigação complexa e os deveres laterais.....	35
2.1. A boa-fé.....	35
2.1.1. A abertura do sistema.....	35
2.1.2. A cláusula geral da boa-fé.....	38
2.1.3. Funções da boa-fé objetiva.....	41
2.2. A relação obrigacional complexa.....	43
2.2.1. A complexidade da obrigação.....	43
2.2.2. A estrutura da relação obrigacional complexa.....	46
2.3. Os deveres laterais.....	50
2.3.1. Deveres de proteção.....	52
2.3.2. Deveres de esclarecimento e informação.....	54
2.3.3. Deveres de lealdade e cooperação.....	56
3. A violação positiva do contrato: conceito e aplicação.....	59
3.1. Comparação de incidência da violação positiva do contrato nos ordenamentos jurídicos brasileiro e alemão.....	59
3.1.1. A violação positiva do contrato no direito alemão.....	59
3.1.2. A violação positiva do contrato no direito brasileiro.....	63
3.2. Conceito de violação positiva do contrato no sistema jurídico brasileiro.....	66

3.3. Aplicações práticas do reconhecimento da violação positiva do contrato como forma de inadimplemento.....	71
3.3.1. Consequências do reconhecimento da violação positiva como forma de inadimplemento no Brasil.....	71
3.3.2. Análise de casos hipotéticos para demonstrar a necessidade de utilização da violação positiva.....	74
3.3.3. Análise de casos julgados utilizando a violação positiva do contrato como razão de decidir na jurisprudência nacional.....	79
Conclusão.....	85
Referências Bibliográficas.....	87

INTRODUÇÃO

A teoria da violação positiva do contrato foi desenvolvida por Hermann Staub, advogado alemão, ainda no início do século XX. Logo após a promulgação do BGB (Código Civil da Alemanha), o autor percebeu a lacuna existente em referido diploma, no que diz respeito a determinadas hipóteses de inadimplemento.

Desde então, referida teoria vem sendo estudada e aplicada no direito alemão. Todavia, em que pese sua longevidade naquele país, em nossa realidade jurídica verifica-se que apenas atualmente começou a ganhar certo destaque, sendo objeto de análise em algumas obras doutrinárias e utilizada como razão de decidir em decisões prolatadas pelos tribunais pátrios, inclusive o Superior Tribunal de Justiça.

Todavia, ainda existe pouco conteúdo doutrinário que trabalhe de maneira satisfatória sobre o tema e, em alguns dos julgados, a sua utilização se mostra controvertida, pois parece não se entender, realmente, no que consiste a teoria da violação positiva do contrato no direito brasileiro.

Em razão desse contexto, o presente trabalho monográfico buscará realizar um aprofundamento acerca da incidência de referida teoria no ordenamento jurídico brasileiro, analisando-se seus pressupostos de surgimento, comparando-se a incidência no direito pátrio em relação àquela que se viu na Alemanha e verificando-se os efeitos que possam advir por ocasião de seu emprego na resolução de casos concretos.

O problema que fundamenta o trabalho de pesquisa, então, consiste na investigação da teoria do inadimplemento, no direito das obrigações, a fim de descobrir se, na forma como geralmente é trabalhada por autores e julgadores, abarca todas as hipóteses de inadimplemento faticamente verificáveis.

A hipótese principal, que se apresenta diante de tal questionamento, é negativa, ou seja, a teoria do inadimplemento comumente trabalhada deixa de lado situações que, faticamente, podem ser consideradas como inadimplemento, porquanto, ao se analisar o ordenamento jurídico brasileiro, extrai-se a existência de uma lacuna, a qual passará a ser preenchida pela teoria da violação positiva do contrato.

Isso porque as noções atuais a respeito de boa-fé objetiva na relação obrigacional, que amplia o seu eixo, transformando-a em complexa e gerando a incidência de deveres laterais a serem cumpridos por ambas as partes, levam ao surgimento de uma terceira forma de inadimplemento, que se apresenta ao lado das tracionais formas já existentes (inadimplemento absoluto e relativo).

O que se extrai disso, então, é que, ao se analisar determinados casos pela ótica tradicional, as hipóteses de resolução de eventual inadimplemento consubstanciaram-se, tão somente, em ressarcimento por eventuais prejuízos sofridos. Por outro lado, ao se utilizar dessa nova classificação, com a inclusão da violação positiva do contrato, os mesmos casos de inadimplemento poderiam gerar efeitos diversos.

E é justamente nesse ponto que se encontra o cerne principal para demonstração da relevância do tema que será estudado neste trabalho, qual seja, os diferentes efeitos que podem ser gerados pela correta classificação dos casos em sua específica modalidade de inadimplemento, ampliando-se o que até então tem sido trabalhado no ordenamento jurídico brasileiro.

Para tal desiderato, o trabalho se dividiu em três partes. Em um primeiro momento será tratada a teoria do inadimplemento no ordenamento jurídico brasileiro, tal qual ela é comumente estudada, no intuito de se investigar se realmente existe a lacuna a ser preenchida pela teoria da violação positiva do contrato.

Em seguida, analisa-se a abertura do direito civil brasileiro, que ocorreu por meio de cláusulas gerais e conceitos indeterminados e culminou na incidência da boa-fé objetiva nas relações obrigacionais, gerando, por consequência, a transformação do modo de análise destas, que passaram a ser concebidas como complexas, com a incidência de deveres laterais a serem cumpridos por ambas as partes.

Faz-se, então, um breve retrospecto a respeito da violação positiva do contrato no direito alemão, a fim de se demonstrar a impossibilidade de simples “importação” dessa teoria, necessitando-se de uma filtragem para a aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, e de se estabelecer uma conceituação não meramente suplementar, mas sim positiva do tema.

O método utilizado foi o dedutivo, porquanto partiu-se da análise do geral (teoria do inadimplemento e incidência da boa-fé objetiva na relação obrigacional), para se chegar ao particular (necessidade de se adotar a teoria da violação positiva do contrato no direito brasileiro).

Por derradeiro, salienta-se que o presente trabalho não se consubstancia apenas em academicismo exacerbado, porquanto o reconhecimento da incidência da teoria da violação positiva do contrato no direito brasileiro gera efeitos práticos na resolução de casos que demandam uma análise aprofundada, até mesmo para fins de segurança jurídica.

1 TEORIA DO INADIMPLEMENTO E A LACUNA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Direito das Obrigações, ramo do Direito Civil, tem por objeto, como o próprio nome sugere, o estudo da relação obrigacional, que pode ser entendida como a “relação jurídica em que uma pessoa (ou mais de uma) pode exigir de outra (ou de outras) uma prestação que satisfaz um interesse da primeira (ou das primeiras)” (NORONHA, 2010, p. 9).

O adimplemento é a forma comum de se terminar a relação obrigacional, sendo fonte de satisfação do credor e liberação do devedor. Tradicionalmente, portanto, o cumprimento da prestação pessoal, conforme acordado entre as partes, é o que gerará a extinção do vínculo entre credor e devedor.

Além da forma tradicional, o Código Civil brasileiro lista outras modalidades de extinção das obrigações, que são “situações jurídicas voluntárias ou legais [que] produzem efeitos semelhantes aos do adimplemento, notadamente quanto à extinção da dívida, à liberação do devedor e à satisfação do credor” (LOBO, 2011, p. 199), sendo elas: a consignação, a sub-rogação, a imputação, a dação em pagamento, a compensação, a confusão, a novação e a remissão da dívida.

Quanto a essas outras formas de extinção, importante destacar que Pontes de Miranda (1971) considera a novação e a remissão como modos de extinção que não são, necessariamente, satisfativos, porquanto geram a extinção da dívida e a liberação do devedor, mas nem sempre acarretam na satisfação do credor.

De outra banda, quando uma das partes deixa de cumprir a prestação que se obrigou a realizar, tem-se o inadimplemento, que é “a situação objetiva de não realização da prestação devida” (VARELA, 1980).

A maioria doutrinária classifica o inadimplemento segundo dois critérios: sua causa e seus efeitos. Quanto ao primeiro, o inadimplemento poderá ocorrer por fato imputável ou imputável ao devedor (ALMEIDA COSTA, 1984), e, quanto ao segundo, poderá ser absoluto (casos em que os efeitos são definitivos) ou relativo (há apenas uma impossibilidade temporária (ASSIS, 2013)).

A estruturação das modalidades de inadimplemento dessa forma, todavia, não abarca todas as situações em que ocorre a inexecução obrigacional. No presente capítulo, procurar-se-á demonstrar a existência de uma lacuna no ordenamento jurídico brasileiro e na doutrina tradicional, uma vez que não abrangidas todas as formas de inadimplemento faticamente verificáveis.

1.1. Inadimplemento absoluto e inadimplemento relativo

A diferença primordial entre essas duas formas de inadimplemento é que, no absoluto, a prestação obrigacional torna-se impossível de ser cumprida ou o credor não possui mais interesse legítimo no cumprimento, enquanto no inadimplemento relativo, a obrigação ainda poderá ser executada pelo devedor, apenas ocorrendo em momento posterior ao que fora previamente combinado entre as partes.

1.1.1. Inadimplemento absoluto

O inadimplemento absoluto ocorre “quando a prestação não for cumprida, nem poderá sê-lo” (ALVIM, 1980, p. 7), decorrendo “de impossibilidade ou de falta de interesse de credor em aceitar a prestação, quando esta ainda se apresenta possível” (PETEFFI DA SILVA, s. d., p. 26).

Sobre o inadimplemento absoluto, importante destacar que parte doutrinária defende existir uma terceira forma de configuração (ao lado da impossibilidade e da falta de interesse do credor), a qual Jorge Ferreira da Silva (2007) convencionou chamar de “inexigibilidade (impossibilidade econômica)”, e também é citada por Aguiar Júnior (1991), que, ao estabelecer as formas de incumprimento definitivo, inclui o caso em que a prestação não pode ser mais exigida em decorrência de modificação superveniente das circunstâncias.

Jorge Ferreira da Silva (2007, p. 40-41), sobre o assunto, acentua que:

Ao lado da impossibilidade – e semelhante a ela –, encontra-se a inexigibilidade da prestação decorrente da alteração superveniente das circunstâncias. Contudo, enquanto naquela a prestação é, em si mesmo impossível, nesta a prestação mantém-se realizável, ainda que o conteúdo do vínculo tenha se alterado. Além disso, a impossibilidade gera desde logo o inadimplemento absoluto. A inexigibilidade em princípio não.

Tome-se um caso exemplificativo: o devedor tem de enviar a carga de uma cidade para a outra, até determinado dia. Considerando as características do vínculo, conclui-se que o percurso foi suposto pelas partes para ser realizado por transporte rodoviário, ainda que nada se tenha estabelecido contratualmente (tratava-se, p. ex., de uma transportadora de carga por caminhões), não tendo o contratado assumido o risco absoluto pela remessa. Poucos dias antes, em razão de chuvas de volume inesperado, rompe-se uma ponte que se incluía no percurso, tornando inviável a utilização do caminho. A remessa da carga é ainda possível, mas somente por meio de transporte aéreo, de valor muito superior ao contratado.

Frente a uma situação semelhante, não se pode exigir do devedor que realize a prestação tal como contratado, de sorte que ela se torna *inexigível*. Porém, também não atenderia os interesses do credor cogitar-se de uma pura e simples

extinção, pois ele necessita do objeto e mantém o interesse na prestação. Esta, ademais, é possível, de sorte que as regras sobre a impossibilidade só seriam aplicáveis analogicamente.

Respeitadas as opiniões divergentes, não nos parece correto acrescentar essa terceira forma como uma modalidade de inadimplemento absoluto. Como ainda há interesse do credor no cumprimento, e este ainda poderá ser realizado, seria mais acertado incluí-la como uma modalidade de inadimplemento relativo, porquanto se adéqua ao que será exposto mais a frente no presente trabalho.

1.1.1.1. Impossibilidade

A impossibilidade decorre de “obstáculo invencível ao cumprimento da obrigação, seja de ordem natural ou jurídica” (AGUIAR JUNIOR, 1991, p. 96).

A primeira diferenciação que se mostra importante fazer é entre a impossibilidade superveniente e a impossibilidade que existe desde a gênese obrigacional, uma vez que aquela gera o inadimplemento, enquanto esta, sendo objetiva, acarreta na nulidade do negócio jurídico (COUTO E SILVA, 1976).

Com efeito, um dos requisitos de validade do negócio jurídico listado pelo artigo 104 do Código Civil brasileiro é o objeto jurídico possível (que também deverá ser lícito, determinado ou determinável), além das figuras do agente capaz e da forma prescrita ou não defesa em lei.

Sendo assim, existindo a impossibilidade de cumprimento da obrigação desde o seu surgimento, não há que se falar em inadimplemento, mas sim em nulidade do negócio jurídico. Nesses termos, escreve Silva (2007, p. 36):

Essa *impossibilidade* pode preceder à constituição do vínculo, quando será tida como *originária* ou *genética*, ou pode ser posterior a ele, sendo então denominada *superveniente*. Na maioria dos ordenamentos da Família Romano-Germânica, regimes completamente distintos são conectados a cada uma: a impossibilidade originária conduz à invalidade do negócio jurídico, sendo matéria tratada, portanto, na parte geral; já a impossibilidade superveniente configura hipótese de inadimplemento, sendo objeto das normas ora analisadas. O direito brasileiro seguiu esse modelo, sustentado no pressuposto de que ninguém pode obrigar-se a realizar o irrealizável, razão pela qual a impossibilidade originária fundamenta a invalidade (art. 166, II).

Outro ponto de relevância é que a impossibilidade diz respeito somente aos casos em que a obrigação realmente se tornar impossível de ser cumprida, e não àqueles em que há uma

dificuldade no cumprimento. “A prestação que se tornou simplesmente mais onerosa ou excessivamente difícil não libera o devedor, tendo em vista a não aceitação da doutrina germânica do limite do sacrifício” (PETEFFI DA SILVA, s. d., p. 26).

Comungando da mesma opinião sobre o assunto, Varela (1980, p. 67-68) acentua que:

*Impossibilidade da prestação e mera **difficultas praestandi**.*

Para que a obrigação se extinga, é necessário, segundo a letra e o espírito da lei, que a prestação se tenha tornado verdadeiramente *impossível*, seja por força da lei, seja por força da natureza (caso fortuito ou de força maior) ou por acção do homem. Não basta que a prestação se tenha tornado *extraordinariamente onerosa* ou *excessivamente difícil* para o devedor, como pode suceder com frequência nos períodos de mais acentuada inflação monetária ou de súbita valorização de certos produtos.

Causa de extinção da obrigação é a *impossibilidade* (física ou legal) da prestação (a que pleonasticamente se poderia chamar *impossibilidade absoluta*), não a simples *difficultas praestandi*, a *impossibilidade relativa*.

É diferente, contudo, a orientação preconizada nalguns sectores da doutrina alemã, que consideram liberatória, em certos termos, a mera *impossibilidade relativa* ou *econômica*. O dever de prestar, não se impondo em termos cegos e indiscriminados ao obrigado, tem como limite, segundo essa concepção, o sacrifício razoavelmente exigível do devedor, à luz dos princípios da boa fé, para satisfazer o interesse do credor.

[...] A doutrina do *limite do sacrifício* (*der Opfergrenze*), encabeçada por BRECHT, STOLL e HECK, não é geralmente aceita noutros países, pela perigosa *incerteza* e pelos inevitáveis *arbítrios* a que daria lugar a sua aplicação prática.

Sobre a citação colacionada acima, importante frisar que o termo “impossibilidade relativa” foi utilizado como sinônimo da dificuldade na prestação. Questões terminológicas à parte, preferimos utilizar “impossibilidade relativa” para tratar dos casos em que a obrigação se torna impossível somente para a pessoa do devedor.

Quanto ao assunto, no âmbito das relações de Direito Civil, o mesmo tratamento é dispensado, pelo ordenamento jurídico brasileiro, aos casos de impossibilidade absoluta (hipótese em que a obrigação se torna impossível para todos) e de impossibilidade relativa (que, como já destacado, diz respeito à impossibilidade referente apenas à pessoa do devedor).

Aguiar Júnior (1991, p. 98) comunga da opinião que “a impossibilidade superveniente extintiva da obrigação é tanto a *absoluta* (objetiva, em relação a todos), como a *relativa* (subjetiva, impossível para o devedor)”.

Silva (2007) faz duas importantes colocações a respeito da impossibilidade relativa e seus efeitos: a primeira, é que há posição, embora minoritária, que defende que deve ocorrer diferenciação de tratamento entre a impossibilidade relativa e a absoluta (como grande defensor dessa noção tem-se Pontes de Miranda); e a segunda é que, no âmbito do direito

consumerista, o fornecedor, quando devedor, não se exime do cumprimento da prestação, ainda que ocorra a impossibilidade.

Destaca-se, ainda, que o inadimplemento absoluto poderá ocorrer de forma total ou parcial, conforme a impossibilidade absoluta compreenda a integralidade ou apenas parte das obrigações. Quanto à impossibilidade parcial, será necessária a análise do legítimo interesse do credor para se estabelecer se o caso é de inadimplemento absoluto ou relativo (AGUIAR JUNIOR, 1991).

1.1.1.1.1. Impossibilidade inimputável ao devedor

A impossibilidade, quando superveniente e inimputável, extingue a obrigação *ipsu iure*, liberando o devedor do cumprimento da relação obrigacional e não o sujeitando ao pagamento de perdas e danos. “Pode decorrer de caso fortuito, força maior, ato do credor, ato de terceiro, ou ato do próprio devedor sem culpa” (AGUIAR JUNIOR, 1991, p. 101).

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Varela (1980, p. 66) sustenta que “a consequência fundamental da impossibilidade *superveniente* da prestação, por causa não imputável ao devedor, é a *extinção* da obrigação, com a consequente exoneração do obrigado”.

Silva (2007, p. 37-38), ao discorrer sobre o assunto, mantém o entendimento exposto acima:

Pela segunda, sendo *inimputável* ao devedor – por decorrer de caso fortuito ou força maior, fato do credor ou do príncipe –, a impossibilidade o libera, pondo termo ao vínculo. Nesse caso, a impossibilidade é o contraponto do risco assumido. Entende-se por *risco* a determinação de quem sofre os efeitos de circunstâncias que impedem ou dificultam extremamente a prestação. Se a impossibilidade é inimputável, a não-prestação é risco da outra parte. Por isso, sendo a relação decorrente de contrato, há que se analisar se o risco da impossibilidade, ainda que sem culpa, não foi assumido por uma das partes.

Conforme leciona Peteffi da Silva (s.d., p. 27) “a maioria dos casos de impossibilidade inimputável encontram-se dentro da categoria de força maior e caso fortuito”. Sobre o tema, importante relatar que os termos (caso fortuito ou de força maior) podem ser entendidos como sinônimos (AGUIAR DIAS, 1997).

Todavia, há quem faça diferenciação entre eles, como Aguiar Junior (1991, p. 101) que defende que “o fortuito é o acidental, o que está fora da normal previsibilidade dos fatos

futuros; a força maior é o invencível, ainda que previsível, decorrente do ato do homem ou de fato da natureza”.

Novamente se ignora as discussões meramente terminológicas, porquanto a adoção de um ou de outro entendimento não geraria qualquer diferenciação prática, pois sempre que se faz menção a um, faz-se também ao outro. O que se mostra importante destacar é que ambas as categorias possuem conceitos que devem se amoldar ao que de novo surge na sociedade contemporânea.

Há, também, os casos em que a impossibilidade se origina de atos do credor, sem, entretanto, poder impor qualquer imputabilidade a este. Assim entende Varela (1980, p. 73-74):

Ao lado, porém, dos casos desse tipo, outros há em que a impossibilidade provém ainda de um *facto relativo ao credor*, mas sem que a este possa ser assacada a menor *culpa* na sua verificação. [...] o barco que o rebocador ia safar, afunda-se, mal o contrato com a empresa proprietário do rebocador havia sido concluído; o aluno, a quem o professor dava aulas de canto, ensurdece por completo.

“Também ocorre a impossibilidade inimputável quando o fim da obrigação é alcançado de maneira natural antes da atuação do devedor” (PETEFFI DA SILVA, s. d., 28). Nessa situação, tem-se o caso de um veterinário contratado para tratar de um cão que, antes do atendimento, já se mostra sadio novamente.

1.1.1.1.2. Impossibilidade imputável ao devedor

Diferentemente do que ocorre na impossibilidade inimputável ao devedor, a impossibilidade que pode ser imputada à parte devedora não irá gerar a extinção, de pleno direito, da relação obrigacional. De fato, surgem duas possibilidades para o credor: manter a obrigação e exigir a execução pelo equivalente, ou resolvê-la, em ambos os casos acarretando na responsabilidade do devedor por eventuais perdas e danos.

Nesse sentido dispõe Peteffi da Silva (s. d., p. 28-29):

Apesar do grande número de situações em que se pode observar a impossibilidade inimputável, a maioria dos casos de incumprimento se dão por causas imputáveis ao devedor. Nesse tipo de impossibilidade a relação obrigacional não se extingue *ipso iure*, como ocorria no caso precedente. Aqui, a ocorrência de fato que caracterize a impossibilidade imputável ao devedor gera para o credor duas opções. Primeiramente, o credor poderá manter o vínculo e exigir a execução pelo equivalente (art. 865 do CC/1916 e art. 234 do CC/2002) ou, com base no art.

1092 do CC/1916 e do art. 475 do CC/2002, optar pela resolução contratual. Vale lembrar que nos casos de inadimplemento imputável ao devedor, o credor sempre fará jus às perdas e danos.

De igual forma, Silva (2007, p. 37):

Conforme a primeira delas, a impossibilidade *imputável* atribui ao devedor o dever de indenizar, alterando com isso o conteúdo do vínculo. O devedor, que antes devia a prestação que se impossibilitou, agora deve a indenização substitutiva, mas o vínculo não se extingue. Se a relação decorre de contrato, pode o credor optar entre mantê-lo (conservando o seu dever de prestar e promovendo a execução pelo equivalente, acrescida de perdas e danos) ou resolvê-lo, sendo-lhe restituído o que prestara, igualmente com o acréscimo de perdas e danos.

A impossibilidade imputável somente ocorrerá se reunidos alguns pressupostos para tanto. Nos dizeres de Varela (1980, p. 91) necessitará de “facto objectivo do não cumprimento, que pode tanto ser uma omissão, como uma acção (nos casos de prestação negativa); a ilicitude; a culpa; o prejuízo sofrido pelo credor; o nexo de causalidade entre o facto e o prejuízo”.

O autor prossegue no raciocínio e sustenta que “agir com *culpa* significa actuar em termos de a conduta do devedor *ser pessoalmente censurável* ou *reprovável*. E o juízo de *censura* ou de *reprovação* baseia-se no reconhecimento, *perante as circunstâncias concretas do caso*, de que o obrigado não só *devia*, como *podia* ter agido de outro modo” (VARELA, 1980, p. 93).

Petteffi da Silva (s. d., p. 29), por sua vez, sustenta que “a conduta do devedor é considerada culposa quando não observa os ditames determinados pelo ato constitutivo da obrigação, sendo considerados os deveres advindos da vontade das partes, bem como os gerados pelo princípio da boa-fé”.

Além disso, necessita-se que o ato seja ilícito, contrário ao ordenamento jurídico, conforme leciona Aguiar Junior (1991, p. 106-107):

O ato dirigido intencional ou negligentemente contra o cumprimento da prestação somente será doloso ou culposos se, além do propósito de descumprir com a obrigação (dolo) ou da desconformidade da conduta com a norma de cuidado (culpa), for também contrário ao ordenamento jurídico considerado como um todo, isto é, se for também um ato ilícito. Pode acontecer que o devedor deixe, propositadamente, de cumprir com sua obrigação, em situação autorizada pelo Direito, como acontece na exceção de contrato não cumprido ou no exercício do direito de retenção. Apesar da intenção manifestamente contrária ao cumprimento, o ato é, nesses casos, autorizado pela ordem jurídica ou lhe é mesmo imposto com um dever [...]. Assim, apesar de condutas formalmente contrárias ao Direito, estas causas de exclusão afastam a

antijuridicidade material, impedindo se reconheça nelas o dolo ou a culpa, pois tanto um quanto o outro se caracterizam por produzir um resultado ilícito, contrário ao Direito, o que não acontece quando a conduta está autorizada pelo ordenamento jurídico, ainda que excepcionalmente.

Sendo assim, presentes os requisitos para reconhecimento da imputabilidade ao devedor, a impossibilidade autoriza o credor a executar a obrigação pelo equivalente, mantendo o vínculo obrigacional, ou resolvê-la, com direito a perdas e danos em ambas as situações.

1.1.1.2 Falta de interesse do credor

O inadimplemento absoluto irá ocorrer, também, nas hipóteses em que não há mais interesse legítimo do credor em aceitar a prestação, apesar de ainda possível de ser realizada.

Fala-se desinteresse legítimo por não ser qualquer falta de interesse que gera o inadimplemento absoluto. Imaginemos a situação em que um restaurante é contratado para servir almoço ao meio-dia em ponto em uma festa de aniversário, todavia só consegue servir meia hora depois. Seria abusivo, por parte do credor, manifestar-se no sentido de não ter mais interesse no cumprimento da obrigação e pleitear a resolução contratual. Situação inversa ocorreria na hipótese de o restaurante atrasar em quatro horas o serviço.

Nos mesmos termos, Silva (2007, p. 41), escreve que:

A terceira hipótese de inadimplemento absoluto encontra-se na extinção dos interesses do credor, se ocorrida depois da não-realização da prestação no momento devido. Até ele, a eventual alteração dos interesses do credor não atinge a eficácia da obrigação. No entanto, se não adimplida no momento devido, pode ocorrer que a prestação não mais supra as necessidades do credor. É o que ocorre com o bolo de casamento que fica pronto depois da cerimônia, ou da empresa que, não tendo recebido quando acertado a matéria prima necessária e, premida por seus compromissos, adquire o material de terceiro, encerrando a produção específica antes da extinção da mora do primeiro fornecedor. Nesses casos, a irrealizabilidade objetiva dos interesses do credor decreta a ocorrência do inadimplemento absoluto, nos termos do parágrafo único do art. 395, a cujos comentários se remete.

Conforme já destacado em momento anterior, nos casos de impossibilidade parcial também será observado o interesse do credor para se estabelecer a ocorrência de inadimplemento absoluto.

Por derradeiro, importante salientar que não se faz necessárias maiores digressões sobre a diferenciação entre o fato de a ausência de interesse do credor ser ou não imputável ao

devedor e de suas respectivas consequências, porquanto se tem tratamento idêntico aos casos de impossibilidade, já bem delineados acima.

1.1.2 Inadimplemento relativo

O inadimplemento relativo é aquele em que a prestação obrigacional “mesmo após o inadimplemento, continua despertando o desejo do credor, ou seja, a prestação continua útil para o credor. O inadimplemento relativo divide-se em mora e impossibilidade temporária” (PETEFFI DA SILVA, s. d., p. 29).

O inadimplemento relativo, portanto, faz contraponto ao absoluto, e se este foi definido em momento anterior como os casos em que “a prestação não for cumprida, nem poderá sê-lo” (ALVIM, 1980, p. 7), aquele vai ocorrer quando a prestação não foi cumprida, mas ainda poderá ser.

Neste ponto, valioso destacar a crítica de Silva (2007, p. 42) que assim entende:

Alguns autores referem-se à mora como “inadimplemento relativo”. Ainda que essa classificação seja correta se considerados *apenas* os interesses na prestação, ela deve ser evitada. Ocorre que uma tal denominação dá a impressão de que o campo do descumprimento obrigacional seria totalmente absorvido por essas duas hipóteses iniciais (“inadimplemento = absoluto + relativo”), o que é falso. Ao lado delas, põe-se também a não-realização de interesses outros que não os da prestação (deveres laterais de conduta), hipótese coberta pela expressão “violação positiva do contrato”.

Todavia, não nos parece acertada a conclusão a que chegou o eminente doutrinador. Isso porque, a divisão entre inadimplemento relativo e absoluto não afasta a existência da violação positiva do contrato. Além disso, há doutrinadores que dividem o inadimplemento entre absoluto e mora, conforme sugere Jorge Ferreira da Silva, e, entretanto, nada dispõem sobre a violação positiva do contrato. Ademais, a teoria da violação positiva do contrato, conforme será demonstrado mais adiante, abarca hipóteses em que o devedor descumpra dever lateral, enquanto o inadimplemento comum envolve a ofensa a deveres de prestação.

Outro argumento que se pode fazer a favor da classificação que Jorge critica, é o fato de que, para caracterizar a mora, haverá a necessidade de culpa e, dessa forma, utilizando a classificação indicada acima (inadimplemento absoluto e mora), haveria hipóteses sem uma possível classificação (os casos em que o interesse do credor em receber a prestação persiste, mas que o atraso não é imputável ao devedor).

E não se diga que a impossibilidade temporária (a que se nomeia a hipótese indicada acima e que será melhor desenvolvida em momento oportuno) seria forma de inadimplemento absoluto. Seria um contra-senso estabelecer o inadimplemento absoluto como os casos em que a prestação não poderá mais ser cumprida, e encaixar como tal uma hipótese em que a prestação ainda poderá ser realizada.

Sendo assim, adotar-se-á, no presente trabalho, a classificação das formas tradicionais de inadimplemento em absoluto e relativo, por nos parecer mais acertada e didática.

1.1.2.1 Mora

Segundo Windscheid (*apud* ALVIM, 1980, p. 17), “se o devedor deixou transcorrer o tempo no qual era obrigado a efetuar a prestação, sem efetuá-la, está em mora. Todavia, no sentido técnico-jurídico da palavra, se diz em mora somente o devedor cuja mora pode ser atribuída à culpa”.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Aguiar Júnior (1991, p. 120) entende que quando há o atraso “imputável ao devedor, teremos a mora, que é o não-pagamento culposo no tempo, lugar e forma devidos”.

De igual forma, Assis (2013, p. 115) sustenta que:

Em mora, dispõe o art. 394 do CC-02, recai o devedor não efetuando o pagamento em tempo, lugar e forma convencionados ou impostos por ele; e, conforme reza o art. 396, ao complementar a previsão, para se estabelecer o descumprimento é necessário ato omissivo ou comissivo *imputável* ao obrigado.

Diante desses conceitos lançados acima, possível verificar que a maioria doutrinária brasileira entende que a mora somente irá se caracterizar em havendo conduta culposa por parte do devedor de determinada obrigação, sendo esta imputabilidade requisito indispensável para sua configuração.

No ordenamento jurídico brasileiro, “a mora adquire um caráter bastante amplo, abrangendo grande parte das espécies de inadimplemento relativo culposo, como os feitos no tempo, lugar e forma convencionados para o cumprimento da obrigação” (PETEFFI DA SILVA, s. d., p. 30).

Isso se dá em decorrência de disposição expressa do Código Civil brasileiro, que, ampliando o conceito atribuído pela maior parte dos códigos da família romano-germânica, estabelece em seu artigo 394 que se considera “em mora o devedor que não efetuar o

pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer”.

Todavia, ainda que se faça menção aos fatores lugar e modo, a mora irá depender do tempo necessário para que a prestação possa ser realizada da maneira em que foi concebida pelas partes no vínculo obrigacional.

Nesse sentido, Silva (2002, p. 145-146) afirma que “as hipóteses vinculadas ao lugar e à forma da prestação, assim, somente ensejarão mora na medida em que provocarem atraso no prestar ou no receber a prestação, ou seja, não são elas suficientes, individualmente, para caracterizar a mora”.

A principal consequência da mora para o devedor é a obrigação de indenizar eventuais perdas e danos que o credor venha a sofrer. Por outro lado, em relação ao credor, a mora também gera o dever de indenizar prejuízos, bem como o de ressarcir despesas feitas com a conservação da coisa e o de recebê-la pela estimação que seja mais favorável ao devedor, em caso de oscilação do preço (ALVIM, 1980).

Destaca-se, por fim, que a mora poderá se converter em inadimplemento absoluto, nos termos da lição de Assis (2013, p. 121):

Ao credor a prestação tardia parece “inútil”, segundo os dizeres do art. 395, parágrafo único, do CC-02, se o descumprimento momentâneo rompe o ajuste qualitativo da reciprocidade obrigacional, porque o bem prestado – ou prometido prestar – teve seu valor alterado, fazendo o negócio desvantajoso, ou porque a incerteza quanto ao adimplemento retardado quebra o interesse na manutenção do vínculo.

Sendo inútil ou de escassa utilidade o cumprimento serôdio, em vista de tais motivos, admite-se a rejeição do credor, e o inadimplemento, de relativo, passa a absoluto. Enquanto mora, o descumprimento do obrigado não implica o florescimento do direito à resolução do contrato bilateral.

Concordando com tal conceito, Orlando Gomes (1972, p. 196) sustenta que “perdido o interesse, ou desaparecida a possibilidade, quando a prestação se torna irrealizável, surge a figura do não cumprimento definitivo da obrigação”.

No mesmo sentido, Costa (1984, p. 740):

Evidente que a pura *mora solvendi* não extingue a obrigação, continuando o devedor adstrito a satisfazer a prestação respectiva. Nem o credor pode resolver o contrato que esteja na base da obrigação, enquanto o atraso do devedor não se equipare a não cumprimento definitivo.

Não se faz, todavia, maiores explicitações sobre o tema da perda do interesse do credor no cumprimento da obrigação, porquanto já foi objeto de estudos no item 1.1.1.2 deste capítulo.

1.1.2.2. Impossibilidade temporária

De início, faz-se novamente a ressalva de que as hipóteses de impossibilidade temporária devem ser encaixadas como inadimplemento relativo, porquanto o credor ainda manterá seu interesse em ver a obrigação prestada e o devedor ainda poderá executá-la, apenas o fará a destempo. Sendo assim, todos os comentários que serão feitos abaixo partem dessa premissa, ainda que um ou outro doutrinador adotado no decorrer desse trabalho entenda que seja forma de inadimplemento absoluto.

Tal modalidade de inadimplemento relativo distingue-se da mora pelo requisito da imputabilidade que esta carrega consigo. Basicamente tudo o que foi desenvolvido anteriormente a respeito da impossibilidade poderá aqui ser aproveitado (tal como as diferenciações entre impossibilidade objetiva e subjetiva, por exemplo).

Nesse sentido, dispõe Peteffi da Silva (s. d., p. 31):

A impossibilidade abarca todos os casos de inadimplemento relativo, quando a conduta do réu não se encontrar dentro das categorias de culpabilidade e ilicitude.

[...] Como o próprio nome revela, a impossibilidade sob análise não se enquadra na moldura do inadimplemento absoluto ou definitivo, visto que não impossibilita futura prestação, pois temporária.

Entretanto, em relação à impossibilidade temporária podemos aplicar todos os conceitos e noções analisados quando da análise das impossibilidades no ponto 1.a, ou seja, conceito, igualdade de tratamento entre impossibilidade objetiva e subjetiva, diferença da *difficultas prestandi*, etc.

Uma vez que não existe culpa da parte devedora, a impossibilidade temporária não obriga ao pagamento de perdas e danos, mas o devedor continua obrigado a realizar a prestação obrigacional. Dessa forma, “o efeito da impossibilidade temporária será, portanto, o de exonerar o devedor dos danos moratórios, mas só enquanto a impossibilidade perdurar” (VARELA, 1980, p. 77).

Acerca da impossibilidade temporária e seus efeitos, Aguiar Junior (1991, p. 100) escreve:

Já a impossibilidade *temporária* pode ser de efeito instantâneo (o contrato não poderá ser realizado no dia programado, mas poderá sê-lo no dia seguinte ou em

qualquer outro dia) ou permanente (o médico contratado adoece sem prognóstico de recuperação). Quando a impossibilidade temporária incide sobre “negócio fixo”, cujo cumprimento não pode ser efetuado em outra época, ela se equipara à impossibilidade definitiva; sendo inimputável, dá margem à extinção *ipso iure*; se imputável ao devedor, faz nascer ao credor o direito formativo de resolver. Nos outros negócios, cujos termos ou natureza admitem o cumprimento posterior, figurando o tempo indicado como simples programação para o futuro ou para marcar a época da exigibilidade, a impossibilidade temporária somente assumirá a feição de incumprimento definitivo se no entretempo ficar destruído o interesse do credor em receber a prestação; neste caso, com ou sem culpa do devedor, o credor pode pedir a resolução, com direito à indenização na hipótese de impedimento imputável.

Por fim, conforme já delineado em excerto acima citado, destaca-se que a impossibilidade temporária, assim como a mora, poderá se converter em inadimplemento absoluto, caso inexistir interesse do credor no cumprimento da prestação a destempo (PETEFFI DA SILVA, s. d.).

1.2. As garantias legais de prestação

As garantias legais de prestação podem ser conceituadas como as regras jurídicas que protegem o adquirente de vícios, que podem ser tanto de direito (chamados de evicção) ou vícios propriamente ditos (intitulados de vícios redibitórios ou do objeto). As garantias de prestação, da maneira como foram reguladas pelo ordenamento jurídico brasileiro, possuem características que as fazem muito semelhantes ao inadimplemento (SILVA, 2002).

Sobre as garantias legais, Pontes de Miranda (2012, p. 241-242):

Aqui, o que nos interessa é a prestação frustrada, juridicamente, ou incompleta, de que resultou evicção, ou ação por adimplemento ruim, e a prestação com vícios objetivos, de que resulte a redibição, ou a exigência de abatimento no preço. Numa e noutra espécie, houve a prestação e sobrevém que se recebeu o que não devia ser prestado. Não se deve prestar o que não podia ser prestado, nem o que podia ser objeto de prestação, porém, in casu, não era o que se teria de prestar, ou não era ou não estava como se teria de prestar.

Inicialmente, importante destacar que o estudo dos vícios de direito e do objeto, suas hipóteses de incidência e respectivas consequências, não é mero academicismo despropositado. Conforme já destacado de maneira apenas introdutória, a teoria da violação positiva do contrato, tema deste trabalho, foi desenvolvida por um advogado alemão e, por lógica, tomou por base o ordenamento jurídico da Alemanha.

Todavia, não se mostra possível simplesmente importar em todos os seus termos os estudos realizados por Staub. Uma das razões para isso é o fato de as regras referentes aos

vícios serem melhor trabalhadas no ordenamento jurídico brasileiro, que possui uma teoria dos vícios que não se vê na legislação estrangeira citada.

Por essa razão, faz-se necessário o estudo das garantias de prestação no presente trabalho, as quais, futuramente, delimitarão as hipóteses de incidência da violação positiva do contrato. No mesmo sentido, Peteffi da Silva (s.d., p. 39) ao discorrer sobre a violação positiva do contrato, leciona que “o sistema definido pelo Código Civil pátrio, conferindo à mora um conceito amplo, bem como gozando de uma teoria dos vícios, faz com que não se possa importar a teoria alemã na íntegra”.

1.2.1 Vício de direito

O vício de direito, também chamado de evicção, origina-se na anterioridade de direito de terceiro sobre o bem objeto de obrigação. Instituto oriundo do direito romano, no Código Civil Brasileiro está regulamentado nos artigos 447 e seguintes. Pontes de Miranda (2012, p. 261) sustenta que “há vício jurídico quanto, por defeito na titularidade do devedor que prestou, o credor recebe direito diminuído em comparação com o que foi prometido, ou com o que, em virtude de lei, tinha de adimplir”.

A evicção fundamenta-se na noção de que, quem transmite coisa por título oneroso, deve assegurar “ao adquirente que seu título seja bom e suficiente e que ninguém mais tem direito sobre o objeto do contrato, vindo a turbá-lo, alegando melhor direito” (VENOSA, 2014, p. 601).

Sobre a caracterização do vício de direito, Pontes de Miranda (2012, p. 244-245) sustenta:

Por exemplo: o comprador de bem imóvel adquire a propriedade mediante a transcrição do seu título, mesmo se o bem imóvel não pertencia ao vendedor, se o vendedor figurava no registro de imóveis como dono e a inexistência do livro não era conhecida do comprador. Os direitos do terceiro, êsses, sòmente podem ser contra o vendedor, que obrou ilicitamente, ou não. Se o comprador não adquire a propriedade, ou se a adquire de menos do que se lhe devia, ou gravada de algum direito real limitado, caracterizado está o vício do direito.

Gonçalves (2004, p. 118) define a evicção como “a perda da coisa em virtude de sentença judicial, que a atribui a outrem por causa jurídica preexistente ao contrato”, e prossegue na lição (p. 119) estabelecendo que “será o alienante, pois, obrigado a resguardar o adquirente dos riscos pela perda da coisa para terceiro, por força da decisão judicial em que

fique reconhecido que aquele não era o legítimo titular do direito que convencionou transmitir”.

Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem, atualizadores do tomo XXXVIII (Direito das obrigações: Negócios jurídicos bilaterais e negócios jurídicos plurilaterais) da célebre obra “Tratado de Direito Privado”, de autoria de Pontes de Miranda, ao estabelecerem um panorama atual sobre a matéria do vício de direito escrevem (2012, p. 249):

O vício de direito decorre essencialmente da anterioridade de direito de terceiro que não seja aquele que operou a transmissão da coisa (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Vol. 3, p. 116). A anterioridade do vício de direito em relação ao contrato sobre o qual incide é reconhecida pela doutrina brasileira, inspirada na lição de Pontes de Miranda (COSTA, José Eduardo da. *Evicção nos contratos onerosos*. São Paulo: Saraiva 2004. p. 32). Ocorrendo a evicção, contudo, o vício tem natureza de inexecução contratual (GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.117).

Existem requisitos para a ocorrência da evicção. Sílvio Rodrigues (2003) lista três: a) onerosidade da aquisição, porquanto a privação de coisa recebida a título gratuito não irá gerar qualquer prejuízo ao evicto, o que afasta a necessidade de indenização; b) sentença judicial, uma vez que somente a garantia do trânsito em julgado de uma demanda poderá determinar realmente a quem pertence o domínio; e, c) denunciação da lide ao alienante (a qual o autor chama, equivocadamente, de “chamamento à autoria”, figura inexistente na intervenção de terceiros do sistema processual brasileiro), já que o alienante terá direito de defender seu direito, sendo-lhe assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Há doutrinadores que acrescentam como requisitos a perda total ou parcial da propriedade, posse ou uso da coisa alienada, e a anterioridade do direito do evictor, o que se faz desnecessário, uma vez que, para além de requisitos, tais ideias constam do próprio conceito de evicção.

Todavia, sobre o ponto o que se faz relevante destacar é que ocorre a evicção quando há a perda “no todo ou parcialmente, em face de sentença judicial” (CABRAL, 2006, p. 116-117), ou seja, não se faz necessária a perda da totalidade da coisa, pois, ainda que parcial, há casos em que podem incidir as regras sobre vício de direito na relação obrigacional.

Outro requisito que também é incluído é a ignorância, pelo adquirente, da existência de uma lide envolvendo a coisa alienada. Isso porque não há responsabilidade para quem vendeu a coisa se aquele que a adquiriu sabia que era alheia ou litigiosa. Se souber que era alheia, seria cúmplice de uma conduta ilícita, e, se tivesse conhecimento da litigiosidade,

estava ciente que a prestação da outra parte dependeria da resolução dessa lide (PEREIRA, 2011).

Por fim, destaca-se que, em inovação legislativa, o Código Civil brasileiro de 2002 estabeleceu em seu artigo 447 que a responsabilidade do alienante pela evicção subsiste “ainda que a aquisição se tenha realizado em hasta pública” e, no artigo seguinte, que as partes podem “por cláusula expressa, reforçar, diminuir ou excluir a responsabilidade pela evicção”, situações que são aceitas sem maiores ressalvas por praticamente todos os doutrinadores.

Sobre a cláusula de irresponsabilidade, Gonçalves (2004, p. 121) escreve:

Não obstante a cláusula de exclusão da garantia, se a evicção se der, tem o direito o evicto a recobrar “*o preço que pagou pela coisa evicta, se não soube do risco da evicção, ou, dele informado, não o assumiu*” (CC, art. 449).

A cláusula de irresponsabilidade, por si só, isto é, desacompanhada da ciência da existência de reivindicatória em andamento, exclui apenas a obrigação do alienante de indenizar todas as demais verbas, mencionadas ou não no art. 459 do Código Civil, mas não a de restituir o preço recebido. Para que fique exonerado também desta última, faz-se mister, além da cláusula de irresponsabilidade, que o evicto tenha sido informado do risco da evicção e o assumido, renunciando à garantia.

Vê-se, então, que a exclusão total de qualquer responsabilidade por parte do alienante depende, além de cláusula de irresponsabilidade, da efetiva ciência ao comprador do risco existente sobre a coisa.

1.2.1.1 Efeitos jurídicos do vício de direito

A principal obrigação decorrente do vício de direito é a possibilidade que o adquirente tem de se insurgir contra o alienante, que deveria ter garantido a entrega de um bem livre de qualquer impedimento jurídico. O direito de ressarcimento será amplo, abrangendo todos os prejuízos devidamente comprovados.

Venosa, 2014, alega que o valor da indenização “é consequência do direito de garantia, que, por sua vez, tem relação com o princípio da boa-fé [...]. Os prejuízos efetivos decorrentes da perda da coisa devem ser devidamente provados. Cuida-se, nessa hipótese, do princípio geral que rege as perdas e danos”.

Quanto ao valor devido para ressarcimento, Rodrigues (2003, p. 20) sustenta ser necessária a verificação da existência ou não de boa-fé do alienante:

Se o alienante estava de boa-fé ao vender por trezentos cruzeiros o prédio que ao evencer valia três mil cruzeiros, é injusto que seja punido com a obrigação de pagar a maior cifra, se só recebeu a menor.

Da mesma maneira, se o adquirente não assumiu o risco da evicção, é injusto que deixe de experimentar o ganho resultante da valorização, ao ser evicto do prédio comprado.

Ora, se qualquer das soluções envolve prejuízo injusto para uma das partes, não vejo por que se deva preferir o interesse do comprador ao do vendedor, como alguns dos maiores escritores contemporâneos alvitram, precisando, de resto, para alcançar tal resultado, sugerir uma exegese que colide com a letra da lei. Antes, pelo contrário, acho que se o sacrifício de uma das partes é inevitável, a vítima deve ser o comprador, que, pelo menos aparentemente, *certat de lucro captando*, e não o vendedor, que *certat de damno vitando*. Tal solução, além de ser acolhida pela lei, é a que se conforma com o princípio do nominalismo, inspirador da legislação pátria (v. v. 2). Portanto, entendo que, se o alienante estava de boa-fé, cumpra-lhe apenas reembolsar o evicto da importância que recebeu.

Em sentido contrário, defendendo que sempre pagará o maior valor, Pereira (2011, p. 140):

Cabe esclarecer que o alienante responde pela *plus vali* adquirida pela coisa, isto é, a diferença a maior entre o preço de aquisição e o seu valor ao tempo em que se evenceu (parágrafo único do art. 450), atendendo a que a lei manda indenizar o adquirente dos prejuízos, e, ao cuidar das perdas e danos, o Código Civil (art. 402) considera-as abrangentes não apenas do dano emergente, porém daquilo que o credor razoavelmente deixou de lucrar. E, se a evicção vem privá-lo da coisa no estado atual, o alienante tem o dever de recompor o seu patrimônio, transferindo-lhe soma pecuniária equivalente à estimativa da valorização... Se, ao contrário de valorização, estiver depreciada, a aplicação pura e simples do disposto no art. 450 desautoriza levá-la em consideração, pois que constrange o alienante a efetuar a ‘restituição integral do preço’, e não obsta uma possível alegação de que *a menor-valia* corre à conta de negligência do adquirente.

A maioria doutrinária alia-se ao entendimento exposto por Caio Mário da Silva Pereira. Venosa (2014, p. 608) ainda ressalta que “a simples correção monetária do valor do preço pago normalmente não se equiparará ao valor atual da coisa, mormente em se tratando de imóveis”.

O artigo 451 do Código Civil brasileiro determina a subsistência da obrigação para o alienante “ainda que a coisa alienada esteja deteriorada, exceto havendo dolo do adquirente”, e o 452 que “se o adquirente tiver auferido vantagens das deteriorações, e não tiver sido condenado a indenizá-las, o valor das vantagens será deduzido da quantia que lhe houver de dar o alienante”.

No que tange à existência de possíveis benfeitorias, Gonçalves (2004, p. 129):

No tocante às *benfeitorias* realizadas na coisa, dispõe o art. 453 do Código Civil que as “*necessárias ou úteis, não abonadas ao que sofreu a evicção, serão*

pagas pelo alienante”. O evicto, como qualquer possuidor, tem direito de ser indenizado das necessárias e úteis, pelo reivindicante (CC, art. 1.219). Contudo, se lhe forem abonadas (pagas pelo reivindicante) e tiverem sido feitas, na verdade, pelo alienante, “*o valor delas será levado em conta na restituição devida*” (CC, art. 454). A finalidade da regra é evitar o enriquecimento sem causa do evicto, impedindo que embolse o pagamento, efetuado pelo reivindicante, de benfeitorias feitas pelo alienante.

Por fim, salienta-se que, nas hipóteses de vício de direito parcial, “se a evicção for considerável, a lei, da mesma maneira que a respeito dos vícios redibitórios, abre ao adquirente uma alternativa: permite-lhe ou promover a rescisão do contrato, ou pedir a restituição de parte do valor da coisa, correspondente ao prejuízo sofrido” (RODRIGUES, 2003, p. 122).

1.2.2 Vícios do objeto

Os vícios de objeto, também chamados de vícios redibitórios, dizem respeito a defeitos relacionados com o bem objeto da relação obrigacional. Pontes de Miranda (2012, p. 251) conceitua o vício do objeto como “a falta ou elemento a mais que lhe tira algo do valor de aproveitamento, ou que o retira. Todos os bens que são objeto de negócio jurídico podem ser defeituosos ou viciados”.

Antes de adentrar no estudo dos vícios de objeto, importante salientar que, após o surgimento do Código de Defesa do Consumidor, a disciplina em relação aos vícios restou alterada, mudando-se, principalmente, questões acerca das hipóteses de incidência e pessoas responsabilizadas pelo defeito.

Diante disso, neste trabalho primeiramente será feito um estudo acerca dos vícios redibitórios em sua concepção tradicional, ligado às normas civilistas, para posteriormente se listar as diferenças existentes entre as hipóteses e consequências previstas no ordenamento jurídico brasileiro no que tange às relações consumeristas.

1.2.2.1 Concepções tradicionais acerca dos vícios do objeto

Quando o bem objeto da relação obrigacional possui um defeito oculto capaz de lhe tornar impróprio para o uso ou então diminuir-lhe o valor, fica caracterizado o vício redibitório, nos termos do artigo 441 do Código Civil brasileiro.

Carvalho, sendo citado por Albuquerque e Fida (2004, p. 214) estabelece que o vício redibitório é o “vício ou defeito oculto que torna imprópria a coisa ao uso, a que é destinada, ou lhe diminui o valor, de tal sorte que a parte se o conhecesse, ou não contrataria ou lhe daria um preço menor”.

A garantia pelos vícios redibitórios dada pela lei é um dos efeitos diretos dos contratos classificados como comutativos, não sendo exclusividade do contrato de compra e venda, mas sim hipótese de incidência em qualquer contrato faticamente compatível, e incide independentemente de cláusula especial para este fim (GOMES, 1994).

Gonçalves (2004) lista como requisitos para a caracterização do vício redibitório: a) que a coisa tenha sido recebida em virtude de contrato comutativo, ou de doação onerosa, ou remuneratória; b) que os defeitos sejam ocultos; c) que os defeitos existam no momento da celebração do contrato e que perdurem até o momento da reclamação; d) que os defeitos sejam desconhecidos do adquirente; e, por fim e) que os defeitos sejam graves.

Silvio Rodrigues (2003, p. 111) descreve os direitos que surgem ao adquirente de produto alienado com vício redibitório:

Ações para defesa contra os vícios redibitórios – Para defesa de seu direito, a lei confere ao adquirente de coisa portadora de vício redibitório duas diferentes ações: a *redibitória* e a *quanti minoris*.

I – A ação *redibitória* compete ao adquirente que pretenda enjeitar a coisa defeituosa, por ele recebida em virtude de contrato comutativo. Por meio dela o autor aponta o defeito, manifesta sua vontade de devolver a coisa e reclama a repetição da importância paga, bem como das despesas do contrato. Poderá, ademais, pleitear as perdas e danos se alegar e provar que o alienante conhecia o defeito da coisa (CC, art. 443).

II – Através da ação *quanti minoris* o adquirente, em vez de enjeitar a coisa redibindo o contrato, reclama apenas o abatimento do preço, em virtude de o defeito, de que aquela é portadora, diminuir-lhe consideravelmente o valor.

Estabelecidas as premissas sobre as regras de vícios do objeto no Código Civil brasileiro, passa-se à análise das diferenças em relação à legislação consumerista.

1.2.2.2 Diferenciações dos vícios do objeto na relação consumerista quando comparada com a relação obrigacional civil

A regulamentação sobre os vícios do objeto precisou ser alterada em decorrência da nova sociedade que se instalou. O sistema econômico atual é fundado em negócios massificados, de modo que as regras existentes sobre vícios do objeto não seriam suficientes

para essa nova realidade, o que fez surgir a regulamentação prevista no Código de Defesa do Consumidor (SILVA, 2002).

De igual forma, Almeida (2003, p. 68) ao iniciar os estudos sobre os vícios nas relações consumeristas, expõe a insuficiência do regime civil para regulamentação da matéria, porquanto “cuidava das relações civis, pressupondo a igualdade das partes, enquanto o novo regime trata de relações de consumo, massivas e impessoais, em que uma das partes, o consumidor, é havida por hipossuficiente e, por isso, merecedora da tutela legal”.

Segundo, Silva (2002) a doutrina classifica os vícios na esfera do direito do consumidor entre qualitativos, dividindo-se em vícios por insegurança ou vícios por inadequação, e quantitativos. Todavia, uma vez que os vícios por insegurança não correspondem a vícios do objeto na concepção tradicional, mas sim uma inovação do Código de Defesa do Consumidor, não se faz necessário o seu estudo neste trabalho.

Isso porque, “dentre os direitos dos consumidores, enfatiza o Código os componentes principais da personalidade humana: a vida, a saúde e a segurança, em cuja defesa impõe limites à colocação de bens e de serviços que os possam afetar” (BITTAR, 2003, p. 33).

Tendo isso em mente, passa-se às principais diferenças existentes entre os vícios no Código de Defesa do Consumidor e os regulados pelo Código Civil, as quais são resumidas por Almeida (2003, p. 68-69):

Assim, o novo regime, dirigido especificamente às relações de consumo, é muito mais abrangente em sua proteção ao consumidor, notadamente nos seguintes pontos: a) os prazos decadenciais para reclamação foram ampliados de quinze para trinta ou noventa dias, conforme se trate de produto ou serviço não durável ou durável, com termo inicial dilargado (art. 26); b) a reclamação alcança não só os vícios ocultos, mas também os aparentes e os de fácil constatação (arts. 18 e 26); e c) diferentemente do regime anterior, a responsabilidade não é só do vendedor; na nova lei está prevista a responsabilidade solidária de todos os fornecedores, a dizer, o fabricante, o produtor, o construtor, o importador e o vendedor. Inquestionável, nessa óptica, que o consumidor, a par de possuir diploma legal protetivo específico, desfruta hoje de maior proteção e está em melhores condições de defender ou pleitear seus direitos.

Nas relações consumeristas, portanto, incluem-se tantos os vícios aparentes (de fácil constatação) quanto os ocultos. “O vício de fácil constatação, como o próprio nome diz, é aquele que aparece no singelo uso e consumo do produto (ou serviço)” e “os vícios ocultos são aqueles que só aparecem algum ou muito tempo após o uso e/ou que, por estarem inacessíveis ao consumidor, não podem ser detectados na utilização ordinária” (NUNES, 2005, p. 170).

Além disso, o Código de Defesa do consumidor não traz consigo a exigência de que o vício existente tenha grande relevância em relação à totalidade do bem para que incidam as normas de referida garantia legal (SILVA, 2002).

Por fim, quanto ao alargamento da responsabilidade, Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Leonardo Roscoe Bessa (2013, p. 197) destacam que “aspecto relevante da disciplina do CDC em relação aos vícios dos produtos diz respeito à *responsabilidade solidária* entre todos os fornecedores que participaram da cadeia de produção e comercialização do produto”.

1.2.3 Enquadramento das garantias de prestação como hipóteses de inadimplemento

O ordenamento jurídico brasileiro traz regras gerais a respeito das garantias legais de prestação – que se relacionam diretamente com os vícios (de direito, que se consubstanciam na evicção, e os do objeto, que são os vícios propriamente ditos, ou seja, os defeitos físicos) – e difere da regulação na Alemanha, onde essas garantias são tratadas em contratos específicos. Não obstante isso, os vícios não devem ser vistos como uma terceira forma de inadimplemento.

Isso ocorre porque o regramento a respeito dos vícios (tanto de direito quanto do objeto) tem como fundamento principal a manutenção do sinalagma contratual. Sendo assim, as hipóteses relativas às garantias de prestação podem ser incluídas na classificação dicotômica explanada acima, ou seja, em inadimplemento absoluto ou relativo, o que irá variar de acordo com cada caso concreto (SILVA, 2002).

Carlos Roberto Gonçalves (2004) ao escrever sobre os vícios redibitórios, sustenta que se fundam no princípio de garantia e que, portanto, devem ser considerados como inadimplemento contratual. De igual forma, quando trata da evicção, apresenta como fundamento do instituto jurídico o mesmo princípio de garantia. Com efeito, extrai-se (p. 107 e 118):

A teoria mais aceita e acertada é a do *inadimplemento contratual*, que aponta o fundamento da responsabilidade pelos vícios redibitórios no *princípio de garantia*, segundo o qual todo alienante deve assegurar, ao adquirente a título oneroso, o uso da coisa por ele adquirida e para os fins a que é destinada. [...] Funda-se a evicção no mesmo *princípio de garantia* em que se assenta a teoria dos vícios redibitórios. Nesta, o dever do alienante é garantir o uso e gozo da coisa, protegendo o adquirente contra os defeitos ocultos. Mas essa garantia estende-se também aos *defeitos do direito* transmitido. Há, portanto, um conjunto de garantias a que todo alienante está obrigado, por lei, na transferência da coisa ao adquirente. Não só deve fazer a coisa boa no sentido de que ela

possa ser usada para os fins a que se destina, como também no de resguardar o adquirente contra eventuais pretensões de terceiro e o risco de vir a ser privado da coisa ou de sua posse e uso pacífico, pela reivindicação promovida com sucesso por terceiro, ressarcindo-o se se consumir a evicção.

Do exposto acima, conclui-se que as hipóteses de vícios (seja de direito, seja de objeto), podem ser classificadas nas formas tradicionais de inadimplemento, porquanto possuem a mesma fundamentação, qual seja, a manutenção do sinalagma. Os vícios são uma espécie de inadimplemento *a priori*, pois são anteriores à conclusão do contrato e se relacionam diretamente com a proteção dos deveres de prestação.

1.3 A lacuna existente no ordenamento jurídico brasileiro

Após a promulgação do BGB (Bürgerliches Gesetzbuch – Código Civil Alemão), o advogado Hermann Staub, analisando a parte de obrigações de referida legislação, percebeu a incompletude do sistema ao vislumbrar hipóteses de inadimplemento não abarcadas naquele diploma legislativo.

Diante de tal situação, desenvolveu a teoria da violação positiva do contrato, que trata “dos incontáveis casos nos quais alguém descumpre uma relação por meio de atuação positiva, nos quais alguém pratica aquilo de que deveria abster-se, ou efetua a prestação que deveria ser efetuada, mas de forma defeituosa” (STAUB, apud FERREIRA DA SILVA, 2002, p. 13).

No Brasil, pode ser verificada situação semelhante à que Staub percebeu na Alemanha, pois existem situações que geram ofensa ao pactuado pelas partes e que, teoricamente, não incidiriam em nenhuma das hipóteses tradicionalmente previstas como formas de inadimplemento.

Todavia, conforme já referido anteriormente, a ampliação do conceito dado à mora, bem como a estruturação de uma teoria dos vícios, impedem que a teoria da violação positiva seja simplesmente importada para o direito brasileiro, nos exatos moldes em que fora formulada pelo advogado alemão.

Não obstante isso, ainda assim persistem formas de não cumprimento da relação obrigacional que, teoricamente, não se relacionam com nenhuma das formas de inadimplemento listadas até agora, que são os casos de violação a algum dos deveres laterais que, em decorrência do princípio da boa-fé objetiva, incidem na relação obrigacional moderna, chamada de complexa.

Antes de adentrarmos no estudo propriamente dito acerca da violação positiva do contrato, necessário se faz uma explanação acerca dos termos referidos no parágrafo anterior (boa-fé objetiva, deveres laterais e obrigação complexa), no intuito de possibilitar a compreensão dos casos em que incidirá referida teoria no ordenamento jurídico brasileiro.

2 PRESSUPOSTOS DE APLICAÇÃO: A BOA-FÉ, A OBRIGAÇÃO COMPLEXA E OS DEVERES LATERAIS

Conforme salientado no capítulo anterior, a violação positiva do contrato, no direito brasileiro, assume uma feição diversa daquela visualizada por Staub, na Alemanha, logo após a promulgação do BGB.

Todavia, em que pese a impossibilidade de simples “importação” do instituto, isso não significa que não poderá ser aplicado no direito brasileiro, e sim que a sua incidência dependerá de uma prévia análise do ordenamento jurídico brasileiro e dos fundamentos acerca da necessidade de sua aplicação.

No capítulo anterior, procurou-se demonstrar como a doutrina do inadimplemento tradicionalmente trabalhada gera uma lacuna no sistema jurídico brasileiro, porquanto não trabalha a hipótese de violação a deveres jurídicos laterais como uma terceira forma de inadimplemento, ao lado dos tradicionais inadimplementos relativo e absoluto.

Porém, antes de se adentrar no estudo da incidência da violação positiva do contrato, mister se analisar os pressupostos de sua aplicação, que, conforme será demonstrado abaixo, fundamentam-se na incidência da boa-fé objetiva na relação contratual, o que amplia o feixe de obrigações existentes em tal relação e faz surgir a noção de sua complexidade, diante da existência de deveres laterais, anexos aos de prestação.

2.1 A boa-fé na relação jurídica obrigacional

2.1.1 A abertura do sistema

A partir da segunda metade do Século XIX, na ciência do direito predominaram as ideias do positivismo jurídico, que tinha entre os seus princípios a formação de um ordenamento legal lógico e sistemático, com um rigor metódico na sua construção. Tomando como exemplo a Escola da Exegese Francesa, é possível verificar o tipo de pensamento predominante na Europa da época em relação à ciência jurídica, nas palavras de Wolkmer (2006, p. 192-193):

O positivismo jurídico na França alcança seu momento mais destacado com o processo de codificação do Direito Civil (publicação do Código de Napoleão, em 1804) e com o aparecimento da *Escola da Exegese*. É inegável a influência teórica que representou ao unificar o Direito privado francês e desencadear uma metodologia fundada num sistema normativo lógico-formal. Alguns de seus

juristas, como Proudhon, Bugnet, Laurent, Demolambe e Pothier, buscaram extrair todo o Direito da legislação positiva posta, reduzindo a função do juiz a mera análise técnica dos textos da lei. Na verdade, não se poderia reconhecer com segurança e certeza o Direito que não estivesse contido no código publicizado pelo Estado. Assim, o exegetismo empírico dessa escola expressa todo um legalismo dogmático-dedutivo. Tal espírito proclamava a identificação mecânica do Direito com a lei, reconhecendo como valor máximo o Direito positivo, e a “onipotência jurídica” do legislador. Certamente que essa postura ultralegalista da *École de l'Exégèse* restringia toda a experiência jurídica ao exame literal da lei positiva, relegando a um automatismo a função judicial e definindo, de vez, a estatalidade do Direito.

À época, os sistemas jurídicos eram construídos para serem aplicados de acordo com fórmulas matemáticas, não cabendo ao intérprete a compreensão da lei por meio da hermenêutica, mas tão somente o descobrimento de sua “vontade”. Os próprios legisladores do século XIX estruturaram os Códigos de modo a impedir que a obra fosse interpretada (SILVA, 2006).

Todavia, já no fim do século XIX, surgiram posições doutrinárias que se mostravam “contrárias ao dedutivismo lógico e ao formalismo abstrato do legalismo exegetico” (WOLKMER, 2006, p. 200).

Verificou-se a impossibilidade das normas legais preverem todas as hipóteses de casos que ocorreriam no mundo prático, de modo que o sistema precisou ser reorganizado, estruturando-se de uma maneira a possibilitar uma maior adequação do direito à hipótese concreta, gerando decisões mais equânimes de acordo com as particularidades de cada demanda.

De acordo com Francisco Amaral, citado por Christian Sahb Batista Lopes (2011, p. 132):

O sistema passa a configurar-se assim como uma “ordem axiológica ou teológica de princípios gerais”, “uma entidade aberta à dinâmica que continuamente se enriquece e constitui”. Não mais um sistema fechado, representado pela idéia da codificação, mas um sistema aberto incompleto e móvel nos seus valores fundamentais.

O novo modelo não se apresenta mais como uma estrutura lógico-dedutiva mas como uma rede, um entrelaçamento de relações sob o predomínio ou orientação de princípios jurídicos que funcionam como pautas abertas de comportamento.

Perde prestígio “aquele sistema fechado, dominado pela idéia de completude do ordenamento jurídico, em que a lei determina especificadamente os elementos que compõem o suporte fático, de modo que pouco espaço de manobra sobra ao juiz, cuja atividade limita-se à subsunção” (SAMPAIO, 2004, p. 34).

A abertura se deu por meio de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas abertas. Conforme nos ensina a professora Judith Martins Costa (1999), há autores que não fazem a diferenciação entre os dois institutos, como é o caso de Luzzati, o qual classifica as duas espécies na categoria de normas vagas socialmente típicas.

Referida autora, todavia, vislumbra diferenciação entre os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas abertas, nos seguintes termos (p. 326-327):

Ocorre que os conceitos formados por termos indeterminados integram, sempre, a descrição do “fato” em exame com vistas à aplicação do direito. Embora permitam, por sua vagueza semântica, abertura às mudanças de valorações (inclusive as valorações semânticas) – devendo, por isso, o aplicador do direito averiguar quais são as conotações adequadas e as concepções éticas efetivamente vigentes, de modo a determiná-los *in concreto* de forma apta –, a verdade é que, por se integrarem na descrição do fato, a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa. Por essa razão, “uma vez estabelecida, *in concreto*, a coincidência ou a não coincidência entre o acontecimento real e o modelo normativo, a solução estará, por assim dizer, predeterminada. O caso é, pois, de *subsunção*. Não haverá, aí, “criação do direito” por parte do juiz, mas *apenas interpretação*.”

Já por aí se percebe que, inobstante conter a cláusula geral, em regra, termos indeterminados, tais como os conceitos de que ora se trata (alguns destes conceitos indeterminados podendo indicar também princípios), *a coincidência não é perfeita*, pois a cláusula geral *exige que o juiz concorra ativamente para a formulação da norma*. Enquanto nos conceitos indeterminados o juiz se limita a reportar ao fato concreto o elemento (vago) indicado na *fattispecie* (devendo, pois individuar os confins da hipótese abstratamente posta, cujos efeitos já foram predeterminados legislativamente), na cláusula geral a operação intelectual do juiz é mais complexa. Este deverá, além de averiguar a possibilidade de subsunção de casos-limite na *fattispecie*, averiguar a exata individuação das mutáveis regras sociais às quais o envia a metanorma jurídica. Deverá, por fim, determinar também quais são os efeitos incidentes ao caso concreto, ou, se estes já vierem indicados, qual a graduação que lhes será conferida no caso concreto, à vista das possíveis soluções existentes no sistema.

Também reconhecendo a diferenciação entre os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais, Christian Sahb Batista Lopes (2011, p. 135-137) explica que:

Nos conceitos jurídicos indeterminados, a expressão vaga está contida na descrição do fato que consiste em pressuposto para a aplicação da norma. Em razão da vagueza semântica, o julgador terá sempre algum grau de discricionariedade no momento de realizar a aplicação da norma. Dependendo da expressão vaga, poderá ser suficiente que o aplicador utilize apenas as suas regras da experiência e avalie simplesmente as situações fáticas do caso; no entanto, poderá ser necessário o recurso a valores internos do próprio ordenamento jurídico ou externos a ele. De qualquer forma, a vagueza restringir-se-á à caracterização dos fatos previstos pela norma. Uma vez caracterizado o fato do caso como aquele previsto na norma, seja por recurso às regras da experiência ou por integração com valores internos ou externos ao sistema, a consequência será aquela prevista pela norma.

[...] As normas que contêm cláusulas gerais, por seu turno, servem a diferente propósito, pois têm em vista a regulação de comportamentos. Estas outorgam

maior campo de discricionariade ao Juiz que se dirige não apenas à verificação de se os fatos do caso se submetem à regra, como também à definição de quais serão os efeitos daí decorrentes. O Juiz tem, diante de uma cláusula geral, função de criação do direito, como destacou Martins-Costa.

A formulação de um sistema com cláusulas gerais será uma escolha do legislador, que organizará o ordenamento jurídico de acordo com os objetivos que pretende seguir. Se pretender maior segurança e menor maleabilidade – nos moldes do que faziam as primeiras codificações –, irá trabalhar com normas mais fechadas e com pouca carga de interpretação. Por outro lado, caso pretenda uma ordem jurídica que possa se adequar às demandas sociais conforme surjam, dotará o ordenamento de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, ampliando a discricionariade dos aplicadores do direito.

O legislador brasileiro, ao elaborar o atual Código Civil, criou o que se denomina de “Teoria tridimensional do direito”. Segundo Miguel Reale (relator do projeto do *Codex*), as regras básicas que sustentam a atual legislação material de direito civil brasileira são os princípios da eticidade, da socialidade e da operalidade. No princípio da eticidade encontra-se a abertura do sistema de acordo com o que se explicou acima.

Conforme destaca Flávio Tartuce (2011, p. 104-105):

O Código Civil de 2002 se distancia do tecnicismo institucional advindo da experiência do Direito Romano, procurando, em vez de valorizar formalidades, reconhecer a participação dos valores éticos em todo o Direito Privado. Por isso muitas vezes se percebe a previsão de preceitos genéricos e cláusulas gerais, sem a preocupação do encaixe perfeito entre normas e fatos.

[...] Em reforço, o atual Código abandona o excessivo rigor conceitual, possibilitando a criação de novos modelos jurídicos, a partir da interpretação da norma diante de fatos e valores – melhor concepção da teoria tridimensional do direito, concebida por Miguel Reale, introduzida na codificação em vários pontos.

Os juízes passam a ter, assim, uma amplitude maior de interpretação. Muitas vezes, será o aplicador da norma chamado para preencher as lacunas fáticas e as margens de interpretação deixadas pelas cláusulas gerais [...].

Vê-se, então, que o ordenamento jurídico brasileiro, no que toca ao direito civil especificamente, adotou o ideal de abertura do sistema, positivando cláusulas jurídicas gerais e abertas, com ampla incidência, entre elas a ideia da boa-fé como norteadora das relações jurídicas privadas.

2.1.2 A cláusula geral da boa-fé

Inicialmente, faz-se pertinente salientar a existência de duas acepções quanto à boa-fé, a subjetiva e a objetiva. A primeira relaciona-se com um estado de espírito dos sujeitos de uma relação, enquanto a segunda diz respeito a uma noção de confiabilidade, a uma regra de conduta. Nesse sentido (MARTINS-COSTA, 1999, p. 411).

“A expressão ‘boa-fé’ subjetiva denota ‘estado de consciência’, ou convencimento individual de obrar [a parte] em conformidade ao direito [sendo] aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se ‘subjetiva’ justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem.

“Já por ‘boa-fé objetiva’ se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquele que lhe é atribuída nos países da common Law – modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico, segundo o qual ‘cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade’. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do standard, de tipo meramente subsuntivo”.

Assim, possível perceber que a boa-fé subjetiva diz respeito a dados internos, que dizem respeito diretamente ao sujeito, funcionando como um estado. Já a boa-fé objetiva trata de elementos externos, atinentes a normas de conduta que preveem um comportamento, uma forma de agir, incidindo, aqui, como princípio (NORONHA, 1994).

Segundo Alípio Silveira (1973, p. 8), “não existe, todavia, um princípio geral e onicompreensivo de tutela da boa-fé na ordem jurídica dos vários países, para ser aplicado mesmo nos casos não previstos pelos legisladores”. Prosseguindo na explanação, o autor aponta que existem legislações que possuem preceitos mais ou menos genéricos sobre a matéria, enquanto outras que não os possuem, estando presente em grupos de disposições especiais (a exemplo do dolo, simulação, etc).

No direito brasileiro, a primeira referência expressa que se tem da boa-fé é o § 1º do artigo 130 do Código Comercial de 1850, o qual estabelece que “a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiros espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras”.

O Código Civil de 1916, por sua vez, não instituiu a boa-fé como cláusula geral, tendo sido tratada pela maioria dos doutrinadores como um princípio do direito privado brasileiro. Além disso, a legislação material novecentista fazia alusões específicas à boa-fé, as quais,

todavia, eram pela concepção subjetiva do instituto, havendo poucos artigos que explicitavam a noção da boa-fé objetiva.

Já o Código Civil de 2002, conforme já delineado neste trabalho, pautou-se nos princípios da operabilidade, socialidade e eticidade, tendo utilizado, em razão disso, da noção de abertura do sistema para positivar cláusulas gerais e maleáveis, estando entre elas a boa-fé objetiva.

Conforme ensina Nelson Rosenvald (2005, p. 84-85):

O Código Civil de 2002 traduz a experiência jurídica brasileira, traça um quadro de nosso país, ao contrário do Código Beviláqua, inspirado em modelos do século XIX, de outras nações. Este estado de coisas gerou uma crise do modelo jurídico, que se reflete no cotidiano das pessoas, pois as escolas formalistas do direito – incluindo-se aí o positivismo – tratavam o direito como uma concepção exclusivamente técnica, descurando-se de sua vertente ética, de verdadeiro reflexo da cultura jurídica da experiência de uma sociedade (ser) e instrumento hábil a sua transformação (deve ser).

No que concerne à boa-fé, o Código Civil de 1916 não a regravava como cláusula geral, sendo tratada como princípio geral do direito (não positivado) e, em alguns casos, como conceito jurídico indeterminado (na posse e casamento putativo). Alguns artigos isolados do Código Beviláqua refletiam a boa-fé objetiva, como o art. 1.443. Mas não havia uma base social, tampouco constitucional, para a sua efetivação como modelo no direito obrigacional. Modelo fechado e dedutivo não era capacitado a alcançar os anseios éticos que propiciaram o desenvolvimento do modelo. As mesmas razões explicam a ineficácia do princípio da boa-fé nas relações comerciais, não obstante a expressa e pioneira alusão a ela no hoje revogado art. 130 do Código Comercial de 1850.

O gosto disseminado do legislador e da doutrina pela leitura exegética do direito privado e a privação de um real direito constitucional por mais de vinte anos, em virtude de um regime de exceção, foram fatores responsáveis pelo engessamento da boa-fé e as suas raras aparições em textos e decisões anteriores à Constituição Federal de 1988.

Vê-se, então, que no Código Civil brasileiro de 2002, houve a positivação da boa-fé objetiva como cláusula geral, estabelecendo-a como uma das bases de sustentação da relação jurídica contratual.

Não bastasse isso, tem-se, ao lado da expressa disposição na legislação material civil, fundamento constitucional para aplicação da boa-fé objetiva, que foi instituída implicitamente pela Carta Magna de 1988. Assenta-se no objetivo exposto na Constituição de “constituir uma sociedade livre, justa e solidária” (inciso I do art. 3º), que impõe um dever de cooperação entre os indivíduos, inclusive na relação contratual. Além disso, o artigo 170 do diploma constitucional estabelece a justiça social como elemento da ordem econômica. São esses os dois fundamentos constitucionais da boa-fé (SAMPAIO, 2004).

Por fim, destaca-se que, com fundamento em Larenz, Nelson Rosenvald (2005) afirma que o princípio da boa-fé objetiva aponta em três direções: 1) uma primeira, ao devedor, que deve cumprir sua obrigação não apenas obedecendo a letra da lei, mas sim ao sentido e à idéia principal do contrato, de modo que o credor fique razoavelmente satisfeito; 2) uma segunda, ao credor, que deve exercitar seu direito em correspondência à confiança depositada pela outra parte e à consideração altruísta que ela possa pretender; 3) uma terceira, que se dirige a todos os participantes, para que ajam de maneira a atender os fins da relação jurídica obrigacional, com uma consciência honrada.

2.1.3 Funções da boa-fé objetiva

Ampla maioria doutrinária aponta como sendo três as principais funções da boa-fé objetiva: a) a interpretativa, funcionando como cânone hermenêutico-integrativo da relação jurídica obrigacional; b) a criativa, aumentando os deveres jurídicos existentes na obrigação pactuada pelas partes; e c) a limitadora, obstando o exercício abusivo de direitos subjetivos (MARTINS-COSTA, 1999).

Neste sub-item do capítulo trabalhar-se-á somente as principais noções envolvendo as funções interpretativa e limitadora, e, apenas de maneira introdutória, a criativa, porquanto será, posteriormente, objeto de estudo aprofundado em razão de ser um dos fundamentos da própria aplicação da teoria da violação positiva no ordenamento jurídico brasileiro.

Quanto à função interpretativa, mister destacar que há diferenciação entre o que se extrai como consequência da incidência da boa-fé objetiva, e aquilo que advém da interpretação integradora. A interpretação integradora tem como base a explicitação da vontade das partes no momento da constituição da relação obrigacional, enquanto a boa-fé objetiva é mais ampla, funcionando, por vezes, como limitadora de direitos e em todas as fases do vínculo contratual (COUTO E SILVA, 1976).

Nelson Rosenvald (2005, p. 88), ao tratar do assunto expõe que:

[...] Com efeito, a distinção se avulta, pois a interpretação integradora se adstringe somente à investigação e à explicitação volitiva das partes ao tempo da constituição do ato. Já a boa-fé objetiva se estende a uma órbita bem mais ampla, visto que alcança a relação obrigacional em toda a sua complexidade, abrangendo as suas consequências – mesmo aquelas não previstas quando de sua gênese –, até o tempo de seu adimplemento.

Nesse mesmo sentido, Karl Larenz opera a distinção entre o contrato em si e a relação contratual que é posta em vigor por meio do contrato. Enquanto a interpretação do contrato se prende à vontade das partes – fundamentos do negócio jurídico –, a regulamentação contratual será examinada em um sentido

que ultrapassará a subjetividade dos contratantes, devendo compatibilizar-se com os princípios dados pelo ordenamento jurídico, a fim de que o contrato receba uma interpretação unitária. Isto só poderá ocorrer pela concreção mediante a boa-fé objetiva.

Acerca da interpretação, Laerte Marrone de Castro Sampaio destaca dois desdobramentos da boa-fé: 1) “o primeiro, na regra de que os contratos devem ser interpretados tomando-se por base o sentido objetivo. Exceto quando o destinatário da declaração conheça a real vontade do declarante, ou devesse conhecê-la, se tivesse obrado com diligência”; e 2) “o segundo ponto a ser observado indica que, no caso do sentido objetivo suscitar dúvidas, há que se preferir o significado que a boa-fé indique como mais razoável” (2004, p. 50-51).

Sampaio continua em sua explicação afirmando que a boa-fé objetiva também tem função integradora, quando se preenche eventual lacuna quando as partes não regulam, no negócio jurídico, todas as situações que irão se deparar no curso da relação obrigacional entabulada.

Sobre a boa-fé funcionando de maneira integrativa, escreve Judith Martins-Costa (1999, p. 429):

Isso porque, observa Giovanni Maria Uda, para que possa ocorrer uma coerente produção dos efeitos do contrato, tornam-se exigíveis às partes, em certas ocasiões, comportamentos que não resultam nem de expressa e cogente disposição legal nem das cláusulas pactuadas. A boa-fé atua, como cânone hermenêutico, integrativo frente à necessidade de qualificar esses comportamentos, não previstos, mas essenciais à própria salvaguarda da *fattispecie* contratual e à plena produção dos efeitos correspondentes ao programa contratual objetivamente posto.

Na doutrina italiana, estudo ainda atual de Massimo Bianca registra, com integral adequação: “Ainda que referida ao momento executivo, a boa-fé conserva a sua função de integração da relação. A tese segundo a qual a boa-fé não integraria o contrato, mas serviria tão-só para corrigir o rigoroso juízo de formal conformidade de comportamento à lei, não pode ser compartilhada. Ainda que aplicada na fase da atuação do contrato, a boa-fé é sempre uma regra objetiva que concorre para determinar o *comportamento devido*”.

A boa-fé age também como limitadora de direitos, concedendo “renovado perfil à autonomia privada, conduzindo os direitos subjetivos a limites equilibrados, prestigiando o princípio da solidariedade e, em última instância, a dignidade das partes” (ROSENVALD, 2005, p. 116).

O instituto da boa-fé não admite condutas que vão de encontro ao mandamento de agir lealmente entre as partes. São exemplos de manifestações da boa-fé como limitadora de direitos o adimplemento substancial, bem como as situações em que incidem os institutos da

supressio, da *surrectio*, do *tu quoque* e do *venirem contra factum proprium* (MARTINS-COSTA, 1999).

A respeito do assunto, Laerte Marrone de Castro Sampaio expõe (2004, p. 76-85):

A boa-fé responde ainda na relação contratual pelo controle no exercício dos direitos. O credor, ao fazer valer sua posição de vantagem, não pode agir a seu talante, mas deve proceder com correção e lisura.

[...] A evolução do Estado Liberal para o Social, afirma Wieacker, implicou a relativização dos direitos pela sua função social, bem como a vinculação ético-social desses direitos. Dessa forma, a boa-fé objetiva funciona – ao lado de outros institutos – como critério para a delimitação do exercício de um direito. Na visão de Larenz, a boa-fé é o mais importante limite para o gozo de um direito.

[...] Conforme afirma Larenz, não é possível indicar exaustivamente quando o exercício de um direito infringe a boa-fé.

[...] Finalizando o assunto, indaga-se se a boa-fé traz como consequência o desaparecimento mesmo do direito, ou se apenas constitui um impedimento temporário ao seu exercício. Wieacker, com o apoio de Endemann, Lehmann, Esser e Siebert, manifesta-se pela segunda alternativa, asseverando que o titular não se encontra privado de no futuro exercer seu direito, desde que o faça lealmente. Todavia, adverte que “*la simple deslealtad pasajera no será probablemente lo normal*”.

De fato, se teoricamente a boa-fé não aniquila o direito, em algumas situações – que tendem a ser maioria – a confiança depositada na outra parte acaba praticamente por inviabilizar que o titular venha a se valer da sua posição jurídica de vantagem. A situação mostra-se quase – para não dizer totalmente – irreversível.

Por fim, como dito anteriormente, far-se-á apenas uma introdução acerca da incidência da boa-fé como criadora de deveres laterais, porquanto o tema será objeto de estudo em tópico próprio no decorrer do trabalho.

A respeito do assunto, salienta-se que a boa-fé objetiva, no desenvolvimento do vínculo obrigacional, cria deveres laterais, os quais advêm da própria incidência do instituto. Isso gera dois efeitos concretos: a) o nascimento de deveres obrigacionais que não possuem fonte na ação volitiva das partes (deveres laterais); e b) o alargamento da noção de relação jurídica obrigacional em decorrência da incidência desses deveres (noção do vínculo obrigacional complexo).

2.2 A relação obrigacional complexa

2.2.1 A complexidade da obrigação

A relação jurídica obrigacional tradicionalmente era vista observando-se o vínculo jurídico existente entre credor e devedor, em que este deveria realizar alguma prestação, previamente pactuada pelas partes, àquele, que poderia exigí-la. Essa visão classifica a relação obrigacional denominada de simples.

Sobre o assunto, o professor Fernando Noronha afirma (2010, p. 92):

[...] [existem duas formas de se vislumbrar a relação obrigacional] uma, vendo nela apenas o que se chama de *relação obrigacional simples*, isto é, somente olhando o vínculo entre credor e devedor, que se traduz no poder do primeiro de exigir uma prestação, que o segundo tem o dever de realizar; [...]. Uma relação obrigacional, na acepção restrita, é apenas um vínculo, constituído por determinado direito subjetivo do credor, dirigido à realização da prestação (crédito), e pelo correspondente dever jurídico do devedor, de realizar esta (débito).

Essa visão coloca “a relação obrigacional como um *vínculo estático*, resultante da mera soma do crédito e do débito, vale dizer, do direito subjetivo de crédito e do dever jurídico estampado na dívida, perfil entre nós construído doutrinariamente, uma vez que ausente a definição codicística de ‘obrigação’” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 383).

O conceito listado até o momento é, todavia, oitocentista e restritivo. Classifica a relação como um vínculo entre sujeitos que adstringe algum (ou alguns) desses frente ao(s) outro(s) ao cumprimento de uma prestação, desconsiderando que o fato jurígeno obrigacional enseja o nascimento de uma série de deveres inter-relacionados, que não se encontram refletidos nessa definição (SILVA, 2002). Nos termos do que expõe Carlos Alberto da Mota Pinto (1985, p. 264), a relação obrigacional simples “deixa passar a realidade da mesma forma que as malhas duma rede deixam passar a água dum rio”.

Com efeito, as modificações sociais e econômicas que ocorreram na sociedade permitiram uma potencialização da boa-fé objetiva, tornando esta “uma fonte autônoma de direitos e obrigações, centrada na idéia da colaboração entre credor e devedor para o correto adimplemento” (SAMPAIO, 2004, p. 44).

Surge, então, outra maneira de conceber a relação obrigacional, que é a relação obrigacional complexa ou sistêmica, tratando-a pela “perspectiva da pluralidade de direitos, deveres, poderes, ônus e faculdades interligados a nascidos de um determinado fato (por exemplo, um contrato ou um ato ilícito), digam ou não respeito a prestações exigíveis de uma ou de outra parte” (NORONHA, 2010, p. 92).

Sobre o assunto, Nelson Rosenvald (2005, p. 70) expõe:

Coube a Heinrich Siber o mérito da inicial divulgação da complexidade intra-obrigacional. Partindo da concepção de Savigny – da relação como organismo –, o autor visualizou a obrigação como uma multiplicidade de pretensões, encontrando-se o todo unificado em decorrência do conjunto orgânico da relação global. Siber sugeriu ainda a distinção entre a relação obrigacional em sentido estrito (abrangendo apenas a prestação) e em sentido amplo, envolvendo o conjunto de situações jurídicas coordenadas.

Karl Larenz demonstrou que a obrigação deve ser vista como uma relação complexa, formada por um conjunto de direitos, obrigações e situações jurídicas, compreendendo uma série de deveres de prestação, direitos formativos e outras situações jurídicas. A obrigação é tida como um processo – uma série de atos relacionados entre si –, que desde o início se encaminha a uma finalidade: a satisfação do interesse na prestação.

Clóvis Couto e Silva, por sua vez, em sua obra “Obrigação como processo” (1979, p. 8-10) sustenta:

A inovação, que permitiu tratar a relação jurídica como uma totalidade, realmente orgânica, veio do conceito do vínculo como uma ordem de cooperação, formado de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem.

Dentro dessa ordem de cooperação, credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, dialéticas e polêmicas. Transformando o “status” em que se encontravam, tradicionalmente, devedor e credor, abriu-se espaço ao tratamento da relação obrigacional como um todo.

[...] Por igual, complexidade, complexo, têm o mesmo sentido de totalidade e servem para afirmar a mesma idéia, que anteriormente expusemos.

[...] Sob o ângulo da totalidade, o vínculo passa a ter sentido próprio, diverso do que assumiria se se tratasse de pura soma de suas partes, de um compósito de direitos, deveres e pretensões, obrigações, ações e exceções. Se o conjunto não fosse algo de “orgânico”, diverso dos elementos ou das partes que o formam, o desaparecimento de um desses direitos ou deveres, embora pudesse não modificar o sentido do vínculo, de algum modo alteraria a sua estrutura. Importa, no entanto, contrastar que mesmo adimplindo o dever principal, ainda assim pode a relação jurídica perdurar como fundamento da aquisição (dever de garantia), ou em razão de outro dever secundário independente.

Com a expressão “obrigação como processo” tenciona-se sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência.

[...] A obrigação, vista como processo, compõe-se, em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor.

Quanto à exposição realizada por Clóvis do Couto e Silva, Fernando Noronha anota que “talvez fosse mais correto falar em ‘sistema’ do que em ‘conjunto’ ou ‘processo’; por isso temos falado em *relação obrigacional complexa, sistêmica* ou *sistema obrigacional*” (2010, p. 96). Isso porque a situação obrigacional, como conjunto de comportamentos inter-relacionados, é um pequeno sistema, porquanto prescreve comportamentos.

Laerte Marrone de Castro Sampaio, ao analisar a relação obrigacional entende que “a complexidade intra-obrigacional envolve dois elementos conectados, mas cindíveis

analiticamente” (2004, p. 45). O primeiro seria a totalidade, que indica que a relação obrigacional possui vínculo com sentido próprio, podendo ser alterados alguns de seus elementos sem que perca a identidade. E o segundo, que seria a visualização da obrigação como processo, como a sucessão de atos realizados no intuito de gerar a satisfação do interesse do credor.

Faz-se mister que o jurista esteja atento a essa noção da relação obrigacional complexa, devendo perceber que “cada vínculo obrigacional guarda influxos distintos da boa-fé objetiva e dos deveres de conduta, merecendo um exame em sua concretude” (ROSENVALD, 2005, p. 73).

Importante salientar que a complexidade é nitidamente verificada nas relações contratuais, mas de difícil visualização nas demais formas de obrigação. Todavia, em que pese essa dificuldade de se enxergar a complexidade, ainda assim é possível identificar uma estrutura obrigacional em movimento nas demais obrigações, pois as partes também estão obrigadas, nesses casos, a manter um padrão ético de conduta (SAMPAIO, 2004).

Coadunando-se com esse entendimento, tem-se a explicação do professor Fernando Noronha (2010, p. 94):

Do ponto de vista globalizante, os contratos apresentam-se como compostos por conjuntos de direitos, deveres, poderes e faculdades que se ligam a uma e outra parte, formando uma constelação de múltiplas situações jurídicas. E o que acontece com eles, repete-se na generalidade das relações obrigacionais, ainda que não contratuais; se os contratos são mais importantes, é por ser através deles que se constituem as mais complexas relações obrigacionais.

Por fim, salienta-se que a conceituação clássica de relação obrigacional coexiste com a visão dessa relação em sua totalidade, como um processo, apenas sendo aquela – visão da obrigação como simples – mais restritiva que esta – que encara a relação em sua totalidade e complexidade (SILVA, 2002).

2.2.2 A estrutura da relação obrigacional complexa

A concepção da relação obrigacional em sua forma complexa abrange direitos subjetivos e deveres jurídicos que os correspondem, bem como direitos potestativos, sujeições, ônus jurídicos e expectativas jurídicas (MARTINS-COSTA, 1999).

Diante dessa amplitude, torna-se mais interessante se ater à classificação dos direitos e deveres que podem fazer parte de uma relação obrigacional complexa, salientando-se, de

início, que não há uma pacificação doutrinária acerca das denominações daquilo que faz parte da estrutura da obrigação.

Quanto ao assunto, Fernando Noronha (2010, p. 98) defende que a classificação deve ser feita entre “*deveres principais* (ou *primários*), *deveres secundários* (ou *acessórios*) e *deveres fiduciários* (ou *anexos*, *laterais* e *meros deveres de conduta*)”, sendo os dois primeiros dirigidos à realização de prestações específicas e predetermináveis, enquanto os deveres fiduciários dizem respeito a meras condutas impostas pela boa-fé.

Jorge Ferreira da Silva (2002), por outro lado, faz diferenciação entre os deveres principais ou primários e os secundários (divididos entre meramente acessórios da prestação principal e deveres secundários com prestação autônoma), estando ambos relacionados aos deveres de prestação. Ao lado desses, identifica a existência de deveres laterais, os quais possuem como fundamento a boa-fé objetiva.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Mário Júlio de Almeida Costa expõe (2006, p. 74):

Deste modo, numa compreensão globlizante da situação jurídica creditícia, apontam-se, ao lado dos *deveres de prestação* – tanto *deveres principais de prestação*, como *deveres secundários* –, os *deveres laterais* (<<Nebenpflichten>>), além de *direitos potestativos*, *sujeições*, *ônus jurídicos*, *expectativas jurídicas*, etc. Todos os referidos elementos se coligam em atenção a uma identidade de fim e constituem o conteúdo de uma relação de caráter unitário e funcional: a *relação obrigacional complexa*, ainda designada *relação obrigacional em sentido amplo* ou, nos contratos, *relação contratual*.

Por outro lado, Clóvis Couto e Silva faz a divisão entre deveres principais e secundários – sendo que também denomina os últimos de anexos ou instrumentais –, que seriam aqueles que surgem “como resultado da incidência do princípio da boa-fé” (1976, p. 112) na relação obrigacional.

Sobre essa divergência conceitual, o professor Fernando Noronha (2010, p. 99) adverte:

A diversidade de classificações acaba gerando confusões terminológicas. Assim, a expressão “deveres anexos”, que é muito comum, é usada umas vezes com a significação de deveres secundários e outras com o sentido de deveres fiduciários. Mas, em questões de terminologia, a maior fonte de confusão está no fato de muitos designarem os deveres fiduciários de “deveres acessórios de conduta”. Nós não vemos razão para que “acessório” e “secundário” devam traduzir realidades diversas.

Para este trabalho adotar-se-á a concepção difundida por Mário Júlio de Almeida Costa e Jorge Ferreira da Silva, por nos parecer a mais acertada e com maior facilidade de compreensão.

Esclarecido isso, passa-se à análise da estrutura da relação obrigacional complexa, iniciando-a com a explicação do professor Fernando Noronha (2010, p. 99) a respeito dos deveres principais ou primários:

Os deveres principais, primários, ou deveres primários de prestação (às vezes chamados também de deveres típicos, ou essenciais), são aqueles respeitantes às prestações nucleares da obrigação (e em especial daquela nascida de negócio jurídico). As prestações nucleares são aquelas que satisfazem diretamente o interesse do credor, ou, quando haja duas ou mais partes, os interesses de cada uma delas. Por isso os deveres principais são a razão de ser da própria relação obrigacional, que sem eles não existiria.

No contrato de compra e venda, por exemplo, são deveres principais o de transferência do domínio da coisa e o de pagamento do preço, sem os quais não se pode falar em compra e venda (cf. art. 481).

Ou seja, em um primeiro plano, na relação jurídica obrigacional, tem-se os deveres principais ou primários da prestação, que se consubstanciam no núcleo da obrigação, e definem “a causa e o tipo do contrato, sendo então, frutos da vontade das partes. Assim, na compra e venda, é a entrega da coisa por parte do vendedor e o pagamento do preço pelo comprador; na locação, é a cessão do uso de um determinado bem pelo locador e o pagamento do aluguel por parte do locatário” (SAMPAIO, 2004, p. 54).

No mesmo sentido (VARELA, 1980, p. 106):

Nas relações obrigacionais derivadas dos contratos *típicos* ou *nominados*, como a compra e venda, a locação, o contrato de trabalho, há prestações que definem o *tipo* ou o *módulo* da relação: a entrega da coisa vendida, por parte do vendedor, e a entrega do prelo, pelo lado do comprador (art. 879.º, als. b) e c); a cedência do gozo temporário da coisa; o pagamento da renda ou aluguer; a realização de certa actividade intelectual ou manual sob a direcção e autoridade do credor; o pagamento da remuneração.

Tem-se, então, que os deveres principais são aqueles que identificam, que compõem o centro da relação jurídica obrigacional. Vale dizer, os deveres primários são o cerne da obrigação, as razões que levaram as partes a realizar determinado pacto, no intuito de satisfazer algum interesse determinante na geração daquele vínculo.

Ao lado dos deveres principais, existem, ainda relacionados aos deveres de prestação, os secundários, que, por sua vez, dividem-se entre os acidentais de prestação e os meramente acessórios da prestação principal (ALMEIDA COSTA, 2006, p. 77):

Observou-se que há também *deveres secundários ou acidentais de prestação*, que se mostram susceptíveis de revestir duas modalidades. Distinguem-se, na verdade, dos *deveres secundários meramente acessórios da prestação principal*, os quais se destinam a preparar o cumprimento ou a assegurar a sua perfeita realização (assim, na compra e venda, o dever de conservar a coisa vendida até à entrega ou o dever de embalá-la e transportá-la), os *deveres secundários com prestação autónoma*. Nesta última categoria, por seu turno, o dever secundário pode revelar-se *sucedâneo do dever principal de prestação* (o caso da indemnização resultante da impossibilidade culposa da prestação originária, que substitui esta) ou *coexistente com o dever principal de prestação* (o caso da indemnização por mora ou cumprimento defeituoso, que acresce à prestação originária).

Vê-se, então, que, ao lado dos deveres principais, surgem os deveres secundários, passíveis de serem divididos entre os deveres secundários acessórios, que se prestam a “preparar o cumprimento ou assegurar a perfeita realização da obrigação principal”, e os com prestação autónoma, que são “prestações sucedâneas do dever primário de prestação” (SAMPAIO, 2004, p. 54).

Sobre o assunto, importante destacar a diferenciação que se faz em relação aos deveres secundários e as obrigações acessórias (NORONHA, 2010, p. 100):

Observe-se que os deveres secundários de prestação, ou acessórios, típicos de obrigações complexas, não se confundem com as chamadas *obrigações acessórias*: estas constituem relações obrigacionais completas, embora na dependência de outras obrigações, chamadas de principais, ao passo que os deveres acessórios são meros deveres de prestação, dentro de uma única relação obrigacional.

Conforme destacado anteriormente, há, também, na relação jurídica obrigacional, os deveres laterais, conforme expõe Jorge Ferreira da Silva (2002, p. 73-74):

Como se percebe, essa primeira distinção entre deveres primários e secundários – que já tem a virtude de facilitar a compreensão de algumas relações obrigacionais de difícil classificação – inclui apenas os chamados deveres de prestação, não incidindo sobre todo o conjunto de deveres, também decorrentes do fato jurígeno obrigacional, que se vinculam a outras fontes normativas, exemplificativamente o princípio da boa-fé, por meio do seu vetor confiança. Estes deveres até aqui não contemplados são os chamados deveres laterais de conduta.

Com efeito, “diferentes dos *deveres primários* ou *secundários* de prestação são os *deveres de conduta*¹ que, não interessando directamente à prestação principal, são todavia essenciais ao correto processamento da relação obrigacional em que a prestação se integra” (VARELA, 1980, p. 107).

Todavia, em razão da relevância dos deveres laterais para entendimento da teoria da violação positiva do contrato no ordenamento jurídico brasileiro, e, conseqüentemente, para o presente trabalho, abre-se tópico separado para abordar a matéria, a fim de se ter um maior aprofundamento em seu estudo.

2.3 Os deveres laterais

Conforme já salientado, a par dos deveres de prestação, existem os deveres laterais, que podem ser conceituados como “todos aqueles deveres decorrentes do fato jurígeno obrigacional cujo escopo não seja, *diretamente*, a realização ou a substituição da prestação” (SILVA, 2002, p. 75).

Com efeito, os deveres laterais são relacionados não à prestação em si, mas sim “ao exacto processamento da relação obrigacional, ou, dizendo de outra maneira, à exacta satisfação dos interesses globais envolvidos na relação obrigacional complexa” (ALMEIDA COSTA, 2006, p. 77).

Conforme destaca a professora Judith Martins-Costa (1999, p. 438-439):

[Os deveres laterais] são derivados ou de cláusula contratual, ou de dispositivo da lei *ad hoc* ou da *incidência da boa-fé objetiva*. Podem situar-se autonomamente em relação à prestação principal, sendo ditos “avoluntarísticos” nos casos de inidoneidade da regulamentação consensual para exaurir a disciplina da relação obrigacional entre as partes. São ditos, geralmente, “deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses”, e se dirigem a ambos os participantes do vínculo obrigacional, credor e devedor.

Sobre o assunto, escreve Fernando Noronha (2010, p. 100-101):

Os *deveres fiduciários*, *anexos*, *laterais*, ou simplesmente *meros deveres de conduta* (às vezes chamados também de *deveres correlatos*, ou *colaterais*), são aqueles que somente apontam procedimentos que são legítimos esperar por parte de quem, no âmbito de um específico relacionamento obrigacional (em especial quando seja contratual ou ainda pré-contratual ou pós-contratual, e até supra-

¹ Quanto à intitulação de “deveres de conduta”, relembra-se que não há unanimidade doutrinária quanto à sua nomenclatura, sendo referidos, neste trabalho, como “deveres laterais”.

contratual, isto é, neste caso, sendo concomitante a um contrato, mas indo além dele), age de acordo com os padrões socialmente recomendados de correção, lisura e lealdade, que caracterizam o chamado princípio da boa-fé contratual. No fundo, traduzem-se em deveres de cooperação com a contraparte, mesmo que não seja possível esquecer a advertência de Dabin, eminente jurista belga [1952, p. 296], de que “o exercício para fins pessoais de um direito de finalidade egoísta está dentro do normal (*est dans La ligne normale*)”.

Destaca-se, ainda, que “os deveres acessórios de conduta tanto recaem sobre o devedor, como afectam o credor, a quem incumbe evitar que a prestação se torne *desnecessariamente* mais onerosa para o obrigado e proporcionar ao devedor a cooperação de que ele razoavelmente necessite” (VARELA, 1980, p. 110).

Ademais, os deveres laterais “não guardam conteúdo fixo nem número determinado, surgindo à medida que se desenvolve a relação obrigacional como emanações do princípio da boa-fé”, sendo assim, “não se pode conhecer os deveres laterais com antecedência, mostrando-se inviável uma previsão antecipada sobre seu nascimento” (SAMPAIO, 2004, p. 55).

Sobre o assunto (NORONHA, 2010, p. 102):

Apesar de dizerem respeito a simples condutas impostas pela boa-fé, para auxiliar na realização das finalidades da relação obrigacional, os deveres fiduciários não são de natureza meramente moral ou social, são verdadeiros deveres jurídicos, mesmo que eles não sejam determináveis com antecipação, ou pelo menos não sejam determináveis em grau suficiente para poderem caracterizar prestações autonomamente exigíveis.

Não obstante isso, “sem perder de vista a unidade funcional que os deveres laterais portam, não se pode negar as vantagens trazidas por uma classificação das hipóteses de visualização dos deveres laterais, especialmente pelas facilidades de compreensão de todo o fenômeno que ela propicia” (SILVA, 2002, p. 107), razão pela qual partimos agora para uma classificação, não taxativa, dos deveres laterais.

Porém, antes de adentrarmos nessa análise, faz-se necessário destacar que muitas foram as classificações que surgiram em relação aos deveres laterais. A professora Judith Martins-Costa (1980), por exemplo, aponta os seguintes: 1) de cuidado, previdência e segurança; 2) de aviso e esclarecimento; 3) de informação; 4) de prestar contas; 5) de colaboração e cooperação; 6) de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte; e 7) de omissão e de segredo. Já Fernando Noronha (2010), reduz para 4 espécies de deveres laterais: 1) de cuidado; 2) de informação; 3) de assistência; e 4) de lealdade.

Mais uma vez se adotará, no presente trabalho, o entendimento de Jorge Ferreira da Silva, para o qual pode “ser possível distingui-los [deveres laterais], de uma forma simples, mas não menos cuidadosa, em três grandes grupos: os deveres de proteção, os de lealdade e cooperação e os de esclarecimento e informação” (2002, p. 108).

Aliás, no decorrer das explanações será possível demonstrar como os demais deveres laterais suscitados pelos autores apontados acima (e por tantos outros), poderão ser redirecionados a uma das três categorias elencadas por Jorge Ferreira da Silva.

2.3.1 Deveres de proteção

Os deveres de proteção são aqueles relacionados com o cuidado que ambas as partes devem ter uma com a outra, no sentido de proteção pessoal e patrimonial, a fim de que ambas possam ficar imunes a atos lesivos que a outra parte possa provocar ou deixar que se provoque, seja contra o contratante ou os seus bens.

Fernando Noronha (2010, p. 104-105) expõe que “por força dos deveres de *cuidado*, geralmente chamados de *proteção*, ou de *segurança*, cada parte numa relação obrigacional deve cuidar para que a outra não sofra lesões, nem em sua pessoa nem no seu patrimônio”, e diz que “um exemplo simples de dever de cuidado é o do fornecedor de eletrodomésticos de não colocar no mercado produtos que acarretem riscos à saúde ou segurança dos consumidores (cf. Código de Defesa do Consumidor, art. 8º)”.

Nelson Rosenthal (2005, p. 104), por sua vez, afirma que esses deveres “foram sugeridos por Heinrich Stoll – em obra de 1932 – como forma didática de contraposição aos demais deveres de conduta. Os deveres de proteção pretendem proteger a contraparte dos riscos de dano a sua pessoa e patrimônio, na constância da relação complexa”.

Conforme já delineado anteriormente, a classificação dos deveres laterais não é unânime e taxativa. A professora Judith Martins-Costa (1999, p. 439), por exemplo, traz duas “espécies” de deveres laterais que poderiam ser encaixadas como deveres de proteção, segundo a classificação adotada neste trabalho, são eles: 1) “os *deveres de cuidado, previdência e segurança*, como o dever do depositário de não apenas guardar a coisa, mas também de bem acondicionar o objeto deixado em depósito”; e 2) “os *deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte*, como v.g., o dever do proprietário de uma sala de espetáculos ou de um estabelecimento comercial de planejar arquitetonicamente o prédio, a fim de diminuir os riscos de acidentes”.

Sobre o assunto (SAMPAIO, 2004, p. 58-59):

Os deveres laterais de proteção implicam a obrigação dos contraentes de, durante o processo contratual, evitar que sejam infligidos danos mútuos nas suas pessoas ou nos seus patrimônios.

Alguns exemplos podem ser extraídos da jurisprudência pátria, que começa a familiarizar-se com o tema. Assim, há decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconhecendo a responsabilidade do empregador pelo furto de veículo de seu empregado ocorrido em estacionamento fornecido pela empresa, sob o fundamento de que existe, na espécie, um dever secundário do empregador de velar pela incolumidade do patrimônio dos empregados. Da mesma maneira, com esboço na boa-fé objetiva, tem-se decidido pela obrigação das empresas de indenizar seus clientes em razão do furto de seus veículos no interior de estacionamento que lhes é posto à disposição, ainda que gratuitamente. Campo favorável para o surgimento desses deveres é, sem dúvida, o contrato bancário, dado o risco da atividade. Por isso, o banco deve responder por assalto a seus clientes no interior dos caixas eletrônicos, bem como garantir o apoio necessário aos usuários desse serviço. Com isso, evitam que os clientes fiquem à mercê de estelionatários na área dos terminais, oferecendo, ainda, “pronto e eficiente atendimento a ocorrências corriqueiras previsíveis, como retenção ou rejeição de cartões nos terminais”.

Cláudia Lima Marques lembra o dever dos fornecedores, no momento de cobrar suas dívidas, de não causar danos morais ou patrimoniais aos consumidores. Também alude ao cuidado de que eles devem ter ao veicular os dados do cliente que estão à sua disposição (endereço, situação financeira, de saúde, opinião política, etc.).

Há posição doutrinária (Fernando Noronha, 2010, por exemplo) no sentido de que os deveres de proteção não têm tanta importância para o direito brasileiro, ou, pelo menos, não tanto quanto para o direito alemão, na medida em que o ordenamento jurídico brasileiro, na esteira do que faz o francês, tem um princípio geral de responsabilidade civil, por qualquer dano causado a outrem, de forma dolosa ou culposa, de modo que não seria necessário acionar os deveres de proteção para que a parte seja indenizada nesses casos.

Nelson Rosenvald expressamente se posiciona contrário a tal posição (2005, p. 105), afirmando que:

A crítica do professor angolano é válida e ponderada. Todavia, com os préstimos do art. 422 do Código Civil, entendemos que será possível alcançar uma distinção entre as hipóteses de responsabilidade civil pela violação do *neminem laedere*, com situações diferenciadas – como a do acórdão referido na nota de rodapé –, em que ofensor e ofendido possuem uma relação especial que transcende o contato meramente ocasional. Haveria um comportamento juridicamente relevante que deve ser tratado de forma apartada das tradicionais responsabilidades contratual e extracontratual.

Segundo Manuel Carneiro Frada, duas são as perspectivas possíveis nesse cenário: uma teoria que imputa a especificidade desses deveres a um contato social entre as partes e outra que alude à doutrina da confiança recíproca capaz de alicerçar uma situação especial de responsabilidade. Apesar da grande discussão doutrinária em defesa e contrariamente a uma terceira via da responsabilidade, é sempre gratificante criar novas formas de proteção ao ser humano, principalmente em matérias que não recebem suficiente justificativa

jurídica à luz dos conceitos tradicionais, como o *venire contra factum proprium* e a *culpa in contrahendo*.

Por fim, destaca-se que são os deveres de proteção os mais visíveis em casos de responsabilidade pré-contratual, e, por essa razão, também são os que mais têm contestações a respeito da sua localização na relação obrigacional. Isso é reforçado pela ideia de que os deveres de proteção não servem para proteger somente as partes envolvidas na obrigação. Porém, para se conceber tal posição, é preciso fazer a diferenciação entre as pessoas que se submetem às regras do contrato e àquelas que sofrem seus efeitos. São, portanto, os deveres de prestação os que mais demandam esforço do jurista para uma aplicação prática na relação jurídica obrigacional complexa (SILVA, 2002).

2.3.2 Deveres de esclarecimento e informação

Os deveres de esclarecimento e informação são aqueles que obrigam as partes a tornar claras todas as informações relevantes para aquela relação obrigacional, bem como explicar o que seja de interesse da parte contrária, prestando esclarecimentos importantes para quem esteja envolvido em determinado contrato.

Inicialmente, seguimento a mesma linha do subitem anterior, posiciona-se os deveres laterais lançados pela professora Judith Martins-Costa em sua obra “A boa-fé no direito privado” que se identificam com a presente categoria (1999, p. 439): 1) “os *deveres de aviso e esclarecimento*, como o do advogado, de aconselhar o seu cliente acerca das melhores possibilidades de cada via judicial passível de escolha para a satisfação de seu *desideratum* [...]”; 2) “os *deveres de informação*, de exponencial relevância no âmbito das relações jurídicas de consumo, seja por expressa disposição legal (CDC, arts. 12, *in fine*, 14, 18, 20, 30 e 31, entre outros), seja em atenção ao mandamento da boa-fé objetiva”.

A posição de Fernando Noronha coaduna-se com esse entendimento (2010, p. 104-105):

Os deveres de *informação*, também chamados de *esclarecimento*, são aqueles que obrigam as partes a, no momento do nascimento de uma obrigação contratual (celebração do contrato) e também na fase das negociações preliminares antecedentes, informarem-se mutuamente de todos os aspectos que, de acordo com os padrões de conduta prevalecentes, sejam importantes para a realização do negócio em causa.

[...] Para os deveres de informação, serve de exemplo o dever do fornecedor de “produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde” de advertir, “de maneira ostensiva e adequada, a respeito de sua nocividade e periculosidade” (art. 9º [do CDC]). Outro exemplo, mais simples, é o dever do

fornecedor de um eletrodoméstico de informar sobre a voltagem do aparelho, sob pena de ser obrigado a reparar o dano causado, se o consumidor vier a ligá-lo a corrente diversa.

No mesmo sentido (COUTO E SILVA, 1976, p. 115):

O dever de esclarecimento, como seu nome indica, dirige-se ao outro participante da relação jurídica, para tornar clara certa circunstância de que o “alter” tem conhecimento imperfeito ou errôneo, ou ainda ignora totalmente. Esclarecimento, evidentemente, relacionado com alguma circunstância relevante. Não se trata de dever para consigo mesmo, mas em favor do outro. “A” deve a indicação em favor de “B”. É certo que dessa indicação pode resultar uma situação mais favorável inclusive para o que indica. Mas em se tratando de dever que resulta da incidência do princípio da boa-fé, essas indicações, às vezes, estão disciplinadas especificamente como a indicação do término do mandato. Será desnecessário examinar todos os dispositivos em que aparece o dever de indicar, seja através do vocabulário, notificar, comunicar ou avisar.

Importante ressaltar que os deveres de informação e esclarecimento não abarcam os fatos notórios, por motivos óbvios. A parte que está envolvida numa obrigação tem sim o dever de informar quem esteja no polo contrário da relação, todavia, também tem o dever de se informar a respeito do negócio jurídico que está contraindo. Sendo assim, a tarefa de informar é a de ampliar o conhecimento daquilo que a outra parte deveria saber (ROSENVALD, 2005).

Sobre os deveres de informação e esclarecimento, Jorge Ferreira da Silva adverte (2002, p. 116-117):

Em que pese a facilidade de visualização, os deveres laterais de informação e esclarecimento possuem duas dificuldades de individualização conceitual. Em primeiro lugar, esses deveres não são, na grande maioria das vezes, facilmente separáveis dos demais deveres laterais, visto que a ausência de informação ou esclarecimento configura, ao par, ausência de cooperação, de lealdade ou de proteção com a outra parte. Porém se trata de particularidade de menor importância, tendo-se em vista que a classificação analítica dos deveres laterais é apenas enunciativa.

De outra parte, os deveres laterais de informação e esclarecimento são aqueles que mais se aproximam dos deveres de prestação, apresentando-se, muitas vezes como verdadeiros deveres desta espécie. Na verdade, grande parte dos objetos de contratos que ensejam a transferência de propriedade demanda a complementação da prestação com notas explicativas, sem as quais o bem em si passa a não possuir qualquer significado operativo. Nesses casos, a ausência da informação costuma ser equiparada ao descumprimento de dever de prestação, principal ou secundário, conforme as especificidades do caso, igualando-se a ausência de informação à falta de qualidade essencial do objeto.

Fernando Noronha (2010) faz distinção, ainda, sobre o que entende serem três formas de incidência dos deveres de informação: 1) os deveres de esclarecimento, como o de

informar sobre as condições de funcionamento de algum aparelho adquirido; 2) os deveres de conselho, como o do empreiteiro de informar os melhores materiais para a obra; e 3) os deveres de advertência, relacionados com eventuais perigos no manuseio de um agrotóxico, por exemplo.

Por derradeiro, importante salientar que há diferenciação, quanto aos deveres de informação e de esclarecimento, nas relações obrigacionais submetidas à legislação civil comum e àquelas que se pautam pelo Código de Defesa do Consumidor.

Com efeito, a legislação consumerista pressupõe desigualdade entre as partes, de modo que os deveres de informação e esclarecimento incidem de maneira mais forte nessa relação contratual, sendo, inclusive, objeto de positivação em alguns casos². Por outro lado, o Código Civil, em tese, estabelece a regulação de partes em que estariam em posições mais igualitárias, sendo o dever de informação uma conduta que deriva da necessidade de cooperação entre os contratantes (ROSENVOLD, 2005).

2.3.3 Deveres de lealdade e cooperação

Conforme destacado anteriormente, o reconhecimento da relação obrigacional complexa decorre, principalmente, da nova forma de se entender a posição das partes em uma obrigação, não mais como antagônicas, cada qual com seu interesse, mas sim unidas na consecução de um fim, que é o adimplemento e a satisfação de ambos. Nesse contexto, ganham destaque os deveres laterais de lealdade e cooperação, porquanto são o núcleo do reconhecimento da relação jurídica obrigacional complexa.

2 Jorge Ferreira da Silva adverte (2002, p. 118) que “levada às últimas consequências, essa equiparação [entre consumidor e fornecedor] poderia ensejar o aniquilamento da classificação do dever de informar como dever lateral, passando-se a compreendê-lo, no âmbito das relações de consumo, exclusivamente como qualidade do objeto prestado. Em troca da elevação da relevância do dever, em alguns casos, extinguir-se-iam em todas as outras as hipóteses de sua alocação lateral. Portanto, há que se ter em mente as distintas manifestações do dever de informar. Quando a informação for padronizada e disser respeito às qualidades típicas e genéricas do produto (prazo de validade, modo de utilização, contra-indicações, etc.), a ausência delas é considerada *defeito* do produto. Da mesma forma o será, quando a ausência de informação, em face de outras circunstâncias circundantes, gerar a falsa imagem de que o produto possui tal ou qual qualidade. Porém, quando especificidades típicas da relação concreta demandarem um conjunto diferenciado de informações ou esclarecimentos, tendo em vista permitir a correta fruição do bem ou o melhor adimplemento, então entra-se no campo dos deveres tipicamente laterais”.

Novamente, “reclassificando” os deveres laterais na maneira exposta pela professora Judith Martins-Costa (1999, p. 439), temos os seguintes deveres: 1) “*de colaboração e cooperação*, como o de colaborar para o correto adimplemento da prestação principal, ao qual se liga, pela negativa, o de não dificultar o pagamento, por parte do devedor”; 2) “*de prestar contas*, que incumbe aos gestores e mandatários, em sentido amplo”; 3) “*de omissão e de segredo*, como o dever de guardar sigilo sobre atos ou fatos dos quais se teve conhecimento em razão do contrato ou de negociações preliminares, pagamento por parte do devedor etc.”.

Clóvis V. do Couto e Silva, sobre o dever de cooperação, expõe (1976, p. 117 e 118):

Todos os deveres anexos podem ser considerados como deveres de cooperação. Alguns autores, porém, costumam dar significado restrito a esses deveres, de modo a abranger somente aos deveres de auxílio (81) entendidos aqui como aquelas hipóteses em que o fim somente pode ser obtido com a cooperação mútua. Não se quer com isso dizer que esses deveres se confundam com o próprio escambo, o qual obviamente só pode ser obtido se cada uma das partes cumprirem as suas obrigações. Denominam-se de deveres de auxílio certo tipo particular que nada tem que ver propriamente com as prestações principais, objeto do escambo. Assim, quando no comércio internacional “A” contrata com “B” a entrega de determinada mercadoria sujeita a licença de exportação, deverá providenciar, com todo o zelo, para obtê-la. A obrigação principal é a entrega da mercadoria. Todavia, impõe-se, quando se tratar de obrigação sujeita a licença, obtê-la do órgão competente. Não se liberaria da obrigação o devedor e poderia o credor, no estrangeiro, rejeitar a mercadoria, se aquele a enviasse ao arrepio da legislação a respeito. O correto adimplemento dessa hipótese não há que constituir em apenas enviar a mercadoria (obrigação principal), pois deverá ainda cumprir os deveres de auxílio, tais como obter, se for o caso, a competente licença (82).

Por seu turno, Fernando Noronha expõe (2010, p. 104-106):

Os deveres de *assistência*, de *colaboração* propriamente dita, ou de *cooperação*, são aqueles que obrigam as partes, especialmente aquelas que tiverem fornecido produtos e serviços duradouros, a, ao longo do tempo, prestarem auxílio à contraparte, instruindo-a sobre como resolver problemas que surjam, ou assegurando o fornecimento de peças de reposição. Estes deveres de assistência são similares aos de informação, mas estão presentes durante a execução do contrato e mesmo após o término deste (fase pós-contratual). Por último, os deveres de *lealdade* são aqueles que obrigam as partes a se absterem de ações que possam “falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado”, como diz Menezes Cordeiro [1984, v. 1, p. 606]; este Mestre, aliás, engloba na categoria tanto deveres de atuação positiva como negativa, enquanto aqui se consideram somente os negativos (sendo os positivos incluídos entre os deveres de informação e de assistência; de outra forma, os deveres de lealdade ficariam com uma amplitude tal que correriam o risco de serem confundidos com o dever geral de agir de boa-fé, isto é, com o próprio princípio da boa-fé): a lealdade exige das partes condutas que impõem o não rompimento injustificado das negociações, a não divulgação de informações obtidas em razão dessas tratativas ou em razão da relação contratual já estabelecida (dever de sigilo), etc.
[...] Exemplos de deveres de assistência violados são os de fornecedor do mesmo eletrodoméstico que não assegura eficiente serviço de esclarecimento de

dificuldades e de resolução de problemas, no período pós-venda, ou que cessa a fabricação ou distribuição daquele produto, sem adotar providências que garantam o atendimento de clientes anteriores.

O autor ainda destaca que não são muitos os exemplos de deveres de lealdade no âmbito da legislação consumerista, apesar de existirem (como é o caso de não expor o consumidor inadimplente ao ridículo quando realizar a cobrança da dívida ainda não paga), sendo mais comuns nas relações interempresariais, como por exemplo o de não concorrência, etc.

Sobre a importância dos deveres de cooperação e lealdade tanto na fase pré-contratual quanto na pós-contratual, Nelson Rosenvald explica (2005, p. 107-108):

Na responsabilidade *in contrahendo* por ruptura imotivada das negociações preliminares, mostra-se evidente a lesão ao dever de lealdade ou cooperação. Isso não significa afirmar que os demais deveres anexos – proteção e informação – sejam desconsiderados. Muito pelo contrário, todos os deveres de conduta já se revelam nesses momentos – pois o processo relacional ultrapassa o âmbito cronológico da prestação – mas é inegável o magnetismo da cooperação para antes e depois da contratação.

Em estudo sobre a responsabilidade civil pré-negocial, Carlyle Popp demonstra que a infração ao dever de lealdade passa pela situação daquele que não possui interesse de contratar, mas gera falsas expectativas ao induzir a contraparte a uma situação de confiança – muitas vezes com a realização de grandes despesas –, sem, contudo, ter qualquer vontade ou condição de concluir positivamente as tratativas.

[...] O dever de lealdade se manifesta igualmente relevante na responsabilidade pós-contratual. Em princípio, com a extinção do contrato não mais subsistem obrigações entre as partes, visto que alcançado o adimplemento. Contudo, na relação obrigacional dialética e globalizante, perdurarão certos deveres de conduta para uma etapa posterior ao processo contratual, como deveres de segredo e de reserva.

A culpa *post pactum finitum* corresponde à projeção simétrica da culpa *in contrahendo* no período pós-contratual. Ambas se extraem da boa-fé expressa na cláusula geral do art. 422 do Código Civil. O raciocínio é claro: se a boa-fé deve ser acatada por credor e devedor quando do contrato social e, posteriormente, da constituição do contrato, os deveres acessórios então constituídos passarão a existir de forma autônoma à obrigação principal, sobrevivendo mesmo ao recesso da obrigação propriamente dita, mas agora de forma autônoma.

Jorge Ferreira da Silva (2002) sustenta que os deveres de lealdade e de cooperação guardam forte relação com os deveres de prestação, mas com estes não se confundem, porquanto aqueles possuem as características próprias de deveres laterais.

Finalizada a explanação acerca da lacuna do ordenamento jurídico brasileiro (capítulo 1) e dos pressupostos de aplicação do tema deste trabalho (capítulo 2), resta, então, analisar a viabilidade da incidência da violação positiva do contrato no direito brasileiro, o que se passa a fazer no próximo capítulo.

3 A VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO: CONCEITO E APLICAÇÃO

Conforme se depreende do capítulo anterior, a figura da relação obrigacional passou por alterações no direito moderno, deixando de ser somente uma vinculação entre credor e devedor a um resultado final e passou a englobar uma série de deveres que se originam da incidência da boa-fé objetiva no vínculo obrigacional.

Assim sendo, lembra-se da premissa estabelecida no primeiro capítulo deste trabalho, no sentido de que o ordenamento jurídico brasileiro possui, em tese, uma lacuna no tocante ao direito das obrigações, na parte relativa à teoria do inadimplemento, posto que existem descumprimentos da relação que não se encaixam em nenhuma das formas de inadimplemento tradicionalmente estudadas pelos juristas do Brasil.

Essa incompletude do sistema dá ensejo à incidência da teoria da violação positiva do contrato, a qual foi desenvolvida há muito tempo no direito alemão e pouco se ouve falar a respeito no Brasil. Todavia, não se pode simplesmente importar os postulados de Staub (idealizador da doutrina na Alemanha) para o Brasil, pois referidos ordenamentos jurídicos possuem suas peculiaridades, que merecem ser estudadas.

Tendo isso em mente, no presente capítulo, primeiro trabalhar-se-á a noção da violação positiva do contrato na Alemanha, comparando com sua possibilidade de incidência no direito brasileiro, a fim de se estabelecer as diferenças em sua aplicabilidade em razão das características desses dois sistemas jurídicos.

Posteriormente, procurar-se-á estabelecer um conceito jurídico para a teoria da violação positiva do contrato no direito brasileiro, no intuito de facilitar sua aplicação no sistema jurídico brasileiro, formulando uma premissa que permitirá encaixar casos concretos em referida teoria.

Por fim, serão trabalhados os efeitos do reconhecimento da incidência dessa forma de inadimplemento no direito brasileiro, comprovando-se que sua aplicação não se trata de mero academicismo exacerbado, pois acarreta consequências diversas do que até então se tem visto na resolução de litígios.

3.1. Comparação de incidência da violação positiva do contrato nos ordenamentos jurídicos brasileiro e alemão

3.1.1. A violação positiva do contrato no direito alemão

A violação positiva do contrato, como forma de inadimplemento, foi primeiro trabalhada pelo advogado alemão Hermann Staub, que verificou a existência de uma lacuna no ordenamento jurídico de seu país, porquanto visualizava espécies de inadimplemento que não se caracterizavam como inadimplemento relativo ou absoluto.

Com efeito, “a conceituação das violações contratuais positivas decorreu de estudos de STAUB (1902) ao verificar que o BGB, tratando dos casos de impossibilidade da prestação e da mora, não regulou todas as hipóteses de incumprimento do contrato, deixando de abranger atos positivos, contrários ao contrato, e atos de cumprimento defeituoso, causadores de danos pela ofensa a um outro dever de cuidado ou proteção, como acontece na hipótese daquele que, cumprindo bem o serviço contratado, termina causando um outro dano à contraparte” (AGUIAR JÚNIOR, 2004, p. 124-125).

Dos ensinamentos de Jorge Ferreira da Silva (2002), extrai-se que Staub estava mais preocupado em demonstrar a existência de uma lacuna no direito germânico, do que formular um conceito genérico para ser utilizado na classificação da violação positiva do contrato.

Porém, esse autor destaca que os casos elencados pelo jurista alemão podem ser reunidos em cinco grandes grupos: 1) o descumprimento de obrigações negativas; 2) o negligente cumprimento de deveres de prestação; 3) o mau cumprimento de obrigações duradouras, pondo em risco os fins do contrato; 4) o descumprimento de deveres laterais; e 5) a recusa antecipada do devedor de cumprir o devido.

No mesmo sentido, Lucas Gaspar de Oliveira Martins (2011, p. 27-28):

O inadimplemento defeituoso é oriundo da teoria da violação positiva do contrato contemplada pelo direito alemão pelos ensinamentos de Hermann Staub, que detectou a ausência de previsão legal para esse instituto no Código Civil alemão. Não havia previsão legal para as situações de inadimplemento resultante de um incumprimento imperfeito. Essa modalidade aproxima-se do inadimplemento absoluto por desnaturar o programa contratual como um todo, mas assume sua autonomia em razão de aspectos que lhe são específicos, como o cumprimento integral da obrigação, mas de forma defeituosa, sem aproveitamento do credor, o que reverte o instituto para um inadimplemento absoluto. Essa espécie de inadimplemento consiste no cumprimento da obrigação pelo devedor, mas embora preste, deixa de proceder como deveria, ocorrendo a violação positiva do contrato, que abarca as seguintes hipóteses: 1) incumprimento de obrigações negativas; 2) falta de cumprimento de deveres de prestação; 3) mau cumprimento de obrigações duradouras pondo em risco os fins do contrato; 4) descumprimento de deveres laterais; e 5) recusa antecipada do devedor em cumprir o devido. Esta teoria conservou sua importância ao longo de décadas até os presentes dias por abranger casos específicos que deverão ter tratamento jurídico nos sistemas jurídicos, inclusive o brasileiro.

Menezes Cordeiro, citado por Eduardo Righi e Graziela M. V. Boabaid Righi (2008, p. 130), afirma que:

Hermann Staub parte, para sua construção, de numerosos casos práticos em que existe violação de um vínculo, através de actuações positivas. A presença de danos exigiria um ressarcimento; falta, contudo, uma disposição que, no *BGB*, integrasse devidamente estas situações (...) A solução estaria em, por aplicação analógica do regime da mora, reconhecer á parte leal ao contrato a possibilidade de escolher entre três termos: manter o contrato e exigir uma indemnização por cada violação singular, exigir uma indemnização geral pelo incumprimento do contrato ou rescindi-lo (...).

Como exemplo do descumprimento de obrigações de não fazer tem-se o seguinte: o comerciante adquire lâmpadas de um outro comerciante e obriga-se, contratualmente, a não as revender, em determinado país, porém, o faz. Segundo Staub, o *BGB* não teria regulamentação para encaixar tal situação como inadimplemento. Nesses termos (SILVA, 2002, p. 218):

O descumprimento de obrigações negativas (não fazer) está referido logo ao início do texto, sendo ainda apresentado pelo autor como o primeiro exemplo concretizado da figura: o comerciante obriga-se contratualmente a não revender, na França, as lâmpadas adquiridas. Contudo, o faz. Segundo STAUB, especialmente em face do § 241 *BGB*, que estabelece textualmente que a obrigação pode consistir em uma omissão, o caso configura inegavelmente um inadimplemento. No entanto, para o autor, o regramento do inadimplemento de obrigações negativas estaria, no *BGB*, legalmente resumido aos casos em que a mora se transformaria em inadimplemento absoluto, após a não observância do prazo estabelecido pelo credor para o cumprimento do devedor moroso (§ 326 *BGB*). Restariam a descoberto, no seu entender, as hipóteses de direto inadimplemento de obrigações negativas.

Acerca do negligente cumprimento de deveres de prestação (RIGHI; RIGHI, 2008, p. 131):

O cumprimento defeituoso da obrigação e outro grupo de casos incluídos como hipótese de violação positiva do contrato. Afirmava Staub que não há regulação para esta forma de inadimplemento no *BGB*. Isto porque, neste caso, o devedor cumpre sua obrigação, mas o faz com negligência. Assim, não se poderia falar em impossibilidade, visto que é possível ao devedor realizar a sua prestação, tanto que o fez. Tampouco, seria possível classificá-lo como mora, pois a prestação foi executada no momento devido. Ademais, os danos decorrentes desta forma de inadimplemento não são os mesmos que se apresentariam por incumprimento ou por mora. São danos suplementares, só observados em razão do cumprimento da obrigação não ter se dado nos moldes devidos. Logo, inexistiria regulação legal no *BGB* sobre a responsabilidade do devedor por cumprimento defeituoso ou pela infração dos deveres laterais supramencionados.

O terceiro caso em que incidiria a violação positiva do contrato (mau cumprimento de obrigações duradouras) “não poderia ser qualificado como mora ou como inadimplemento absoluto, pois, embora o objeto da prestação tenha sido precisamente o pactuado entre os contratantes, entregue dentro do prazo fixado, a qualidade da prestação deixa a desejar, colocando em risco os fins do contrato” (NOGUEIRA DA GAMA; FERNANDES DE ARAÚJO, 2011, p. 129).

Sobre o descumprimento de deveres laterais (SILVA, 2002, p. 221):

O quarto grupo de casos é formado pelas hipóteses de descumprimento de deveres laterais. Assim como se manifestara em relação ao grupo anterior, não expressamente nomeado como de obrigações duradouras, STAUB não reúne seus exemplos em um grupo que chama de “violação de deveres laterais”. Cita, no entanto, casos que poderiam ser reunidos desta forma. O primeiro é o do fabricante e vendedor de material brilhante que vende o produto para um comerciante. O material continha composto explosivo, mas tal característica não é informada ao adquirente. Em face disso, o material explode na loja do comprador, produzindo vários danos. O segundo caso é o da empresa que presta à outra errônea informação sobre a solvibilidade de um de seus mais conhecidos clientes, provocando-lhe danos. Em ambos os casos, o interesse envolvido não se relacionava aos direitos fins do contrato, mas à proteção do patrimônio da outra parte.

Por fim, quanto ao último grupo de hipóteses – recusa antecipada do devedor de cumprir o devido – tem-se (RIGHI; RIGHI, 2008, p. 132):

O quinto grupo de casos mencionados como integrantes da figura da violação positiva do contrato é aquele em que o devedor, em momento anterior à data do vencimento da prestação, demonstra a sua intenção de não adimplir. Para desenvolver essa idéia, Staub partiu da noção prevista na *common law*, de *anticipated breach of contract* que colaborou para a compreensão de relação obrigacional complexa no direito continental.

Para a doutrina da quebra antecipada do contrato se um dos contratantes declara, “por atos ou palavras peremptórias e inequívocas, a intenção de não cumprir a sua prestação, diferida a tempo certo, pode a outra parte considerar esse comportamento como inadimplência”. Diante de tal revelação, o credor deve reputar o contrato rompido, mitigando, deste modo, os danos a serem respondidos pelo infrator do pacto. Assim, cabe à parte lesada pela violação do contrato, acordar com a inadimplência e rescindir o contrato ou optar pela resolução contratual, cabendo, em ambos os casos, reparação pelos danos sofridos.

Após os estudos de Staub, parte da doutrina alemã negou a existência da violação positiva do contrato no ordenamento jurídico daquele país. Outra parte, porém, concordou com os postulados de referido advogado. Foi feito, também, esclarecimentos a respeito das

hipóteses elencadas pelo autor alemão. A esse respeito (NOGUEIRA DA GAMA; FERNANDES DE ARAÚJO, 2011, p. 129-130):

Após a publicação da obra de STAUB, a doutrina alemã, além de críticas, teceu alguns esclarecimentos das hipóteses por ele aventadas, fazendo menção, principalmente, a três delas.

No tocante ao mau cumprimento, a doutrina elencou quatro pressupostos necessários à incidência da violação positiva do contrato, quais sejam: a realização da prestação pelo devedor, o defeito na sua realização, a falta de regulamentação da hipótese de cumprimento defeituoso pelas regras gerais sobre vícios e, por fim, a existência de danos atípicos (ou seja, diversos dos danos causados pelas hipóteses clássicas de inadimplemento). Emblemático é o caso do dentista que, contratado para extrair um dente, acaba por comprometer culposamente toda a arcada dentária do paciente. Nesse caso, o prejuízo pelo mau cumprimento é diferente daquele que decorreria da não realização, ou da realização tardia da operação. Além disso, em vista do cumprimento defeituoso, o interesse do credor se volta para a cura dos danos ocasionados, deixando de lhe ser útil realização do objeto da prestação pactuada.

Acerca dos deveres laterais, destacou-se que a violação positiva tanto dos que se relacionam com a prestação quanto daqueles que com ela não possuem ligação, não poderia configurar nem mora nem inadimplemento absoluto, não cabendo outra solução a não ser alinhar tais hipóteses à violação positiva do contrato.

Já com relação à recusa antecipada do devedor, foram identificadas duas formas pelas quais a negativa poderia ser externada: a declaração expressa ou a conduta concludente, devendo, em qualquer dos casos, ser séria e definitiva para ensejar a disciplina da violação positiva do contrato.

O que se faz importante salientar sobre as doutrinas que surgiram após a defendida por Hermann Staub é que não há “grande discrepância entre as referências de STAUB e os desenvolvimentos doutrinários posteriores” (SILVA, 2002, p. 225), razão pela qual não se faz necessário um estudo aprofundado a respeito delas.

3.1.2. A violação positiva do contrato no direito brasileiro

Já se destacou nesse trabalho que a violação positiva do contrato não pode ser simplesmente importada em sua conceituação formulada pelo jurista alemão Staub, porquanto ambos os ordenamentos possuem características próprias que geram distinção na incidência de referida teoria.

Nesse sentido (PETEFFI DA SILVA, s. d., p. 39):

Entretanto, o sistema definido pelo Código Civil pátrio, conferindo à mora um conceito amplo, bem como gozando de uma teoria dos vícios, faz com que não se possa importar a teoria alemã em sua íntegra. Com efeito, esse sistema mais flexível implica na distinção entre os diferentes tipos de deveres laterais, fazendo com que aqueles que dizem respeito a realização da prestação principal,

ou seja, aqueles convencionados e os seus acessórios, sejam enquadrados dentro das categorias tradicionais.

Sendo assim, faz-se necessário analisar cada uma das hipóteses de incidência da teoria no direito alemão em comparação ao ordenamento jurídico brasileiro, a fim de, posteriormente, se formular um conceito geral para classificar casos como inadimplemento pela violação positiva do contrato.

Assim também afirmam Guilherme Calmon Nogueira Alves e Karina Gomes Alves Fernandes de Araújo (2011, p. 127):

Entretanto, cumpre ressaltar, desde logo, que, consideradas as diversidades existentes entre os dois ordenamentos, não será suficiente a mera transplantação do instituto para o bojo do Direito Civil Brasileiro, sendo necessário que se proceda à delimitação conceitual da violação positiva do contrato, de acordo com as lacunas vislumbradas no nosso ordenamento. Na realidade, cuida-se de observar uma das importantes potencialidades da atividade relacionada ao Direito Comparado numa perspectiva contemporânea.

Quanto ao descumprimento de obrigações negativas, tem-se que, no direito brasileiro, não deve ser visto como uma hipótese de incidência da violação positiva do contrato. Isso porque, tal forma de descumprimento, acarreta em uma das espécies tradicionais de inadimplemento (relativo ou absoluto), de acordo com o caso concreto que se apresente.

A respeito (SILVA, 2002, p. 222-223):

Em verdade, a violação de obrigações negativas pode consubstanciar qualquer espécie de inadimplemento. O contratante que acordara não revender, na França, determinado produto mas o faz, inadimpla absolutamente o contrato. O representante que contratara afastar-se de certa praça por doze meses, a partir de março, e o faz a partir de abril, encontra-se em mora, se o interesse na prestação persiste: mantém-se o contrato e indenizam-se os prejuízos. [...] Como se percebe, não é a *espécie de obrigação* – dar, fazer, não fazer, etc. – que determina a classificação do inadimplemento, mas sim a espécie de *dever* descumprido no vínculo. Assim, o descumprimento de obrigações negativas, por si só, não pode ser tido como sustentáculo classificador da espécie de inadimplemento.

De igual forma (RIGHI; RIGHI, 2008, p. 142):

Com relação ao descumprimento das obrigações negativas, afirma-se que se trata de hipótese de incidência das figuras da mora ou de inadimplemento, consoante o caso, já que não apresentam especificidades tão intensas que justifiquem o emprego da violação positiva do contrato. De fato, o comerciante concorda em não vender, em determinado lugar, certo produto e o faz,

descumpre a obrigação. O representante que se compromete a se ausentar, a partir de maio, de certa região e só o faz em julho, encontra-se em mora.

Já no que tange ao negligente cumprimento de deveres de prestação, puro e simples, o ordenamento jurídico brasileiro consegue encaixar os casos nas regras gerais sobre vícios (seja de direito, seja vício propriamente dito), de modo que deve se afastar a incidência da violação positiva do contrato também nesses casos (NOGUEIRA DA GAMA; FERNANDES DE ARAÚJO, 2011).

A respeito do mau cumprimento de obrigações duradouras, verifica-se que, nos casos em que esse cumprimento defeituoso dizer respeito à ausência parcial ou total da prestação ou ao atraso no prestar, também não incide a violação positiva do contrato, porquanto o “descumprimento de uma prestação nos contratos de fornecimento sucessivo, trata-se de hipótese de inadimplemento absoluto ou mora” (RIGHI; RIGHI, 2008, p. 143).

Acerca da recusa antecipada do devedor em cumprir a obrigação (SILVA, 2002, p. 263-264):

A análise dos casos passíveis de configurarem uma manifestação antecipada quanto ao inadimplemento demonstra a certa heterogeneidade existente entre elas. De um lado, têm-se declarações, de outro, atos. Estes vinculam-se ora a deveres diretamente relacionados a outros fins. Assim, a classificação da circunstância como inadimplemento deve atentar para tais diferenças, restando praticamente impossível uma classificação unitária.

Seguindo-se a classificação do inadimplemento conforme a vinculação do dever específico aos deveres de prestação (principais e secundários), há que se reconhecer que alguns casos de manifestação antecipada configuram descumprimento de deveres que, apesar de não representarem deveres principais, consubstanciam deveres secundários de prestação. É o caso dos aqui chamados “deveres instrumentais” para o adimplemento. Quando, para a construção da aeronave, demanda-se um conjunto de atos prévios dedicados a preparar e a permitir o resultado final, é evidente que se está diante de deveres *de prestação*. O resultado do não-cumprimento desses deveres será ou a impossibilidade da construção ou o atraso na entrega. O descumprimento, portanto, é de deveres secundários de prestação, passíveis de ensejar inadimplemento absoluto ou mora.

Vê-se, então, que a recusa antecipada do devedor, quando essa recusa se relaciona com os deveres de prestação, sejam eles primários ou secundários, devem ser classificados em uma das hipóteses tradicionais de inadimplemento trabalhadas no ordenamento jurídico brasileiro.

Resta, pois, analisar as hipóteses de descumprimento de deveres laterais. Segundo Peteffi da Silva (s. d., p. 39), “apenas a quebra daqueles deveres laterais provenientes exclusivamente do princípio da boa-fé, não guardando relação com a tipicidade da prestação

principal, caracterizam-se como violação positiva do contrato, com especial destaque para os deveres de proteção”.

De igual forma, Silva (2002, p. 233) estabelece que “tendo em vista a incidência dos deveres laterais, restaria facilmente viabilizada (e até requerida) nos espaços brasileiros a introdução da figura da *violação positiva do contrato*”.

Ainda (RIGHI; RIGHI, 2008, p. 146):

Evidencia-se, assim, a necessidade de alargamento do modelo dicotômico de inadimplemento para nele incluir uma terceira hipótese: a violação positiva do contrato. Tal afirmação prende-se ao fato de que tanto o inadimplemento absoluto quanto a mora relacionam-se à prestação principal, restando carente de regulamentação os deveres laterais que visam otimizar o vínculo contratual.

Isso porque o ordenamento jurídico nada menciona “sobre a violação aos deveres secundários, emanados diretamente da boa-fé, além de nada mencionar sobre a quebra antecipada do contrato, hipóteses fora do campo da impossibilidade ou da mora, em sentido amplo” (AGUIAR JÚNIOR, 2004, p. 126).

Diante disso, verifica-se que a teoria objeto do presente estudo tem aplicação, no ordenamento jurídico brasileiro, quando ocorre uma ofensa aos deveres laterais que incidem na relação obrigacional complexa, em razão da boa-fé objetiva. Merece, assim, um estudo mais detalhado, o que se fará no próximo item deste capítulo.

3.2. Conceito de violação positiva do contrato no sistema jurídico brasileiro

Nos termos do que fora delineado no item anterior, a violação positiva do contrato, no direito brasileiro, guarda relação com o vilipêndio de deveres laterais oriundos da boa-fé objetiva nas relações obrigacionais, que gerou o surgimento da visão do vínculo obrigacional complexo.

Para Silva (2002, p. 268) “no direito brasileiro, pode-se definir a violação positiva do contrato como o inadimplemento decorrente do descumprimento culposos de dever lateral, quando este dever não tenha uma vinculação direta com os interesses do credor na prestação” (SILVA, 2002, p. 268).

Ao se analisar casos listados anteriormente, verifica-se que sempre que ocorria uma ofensa aos deveres de prestação, tais hipóteses poderiam ser encaixadas como inadimplemento absoluto ou relativo. Todavia, utilizando-se as mesmas situações suso apontadas, possível notar que, quando a violação ocorre a deveres laterais, não se mostra

possível a simples indicação de inadimplemento nas formas tradicionais, sendo necessária a incidência da violação positiva do contrato.

Inicialmente, ao se analisar a primeira hipótese em que Staub visualizou a aplicação da violação positiva do contrato (descumprimento de obrigações negativas), mantém-se o entendimento exposto acima, no sentido de que deve ser encaixado nos casos tradicionais de inadimplemento. Tal situação apenas reforça o que foi dito alhures, posto demonstrar não ser a espécie de obrigação que determina a incidência da teoria, mas sim a espécie de dever que foi descumprido.

Nesse sentido (NOGUEIRA DA GAMA; FERNANDES DE ARAÚJO, 2011, p. 131):

Diante do exposto, percebe-se que não é o tipo de obrigação (positiva ou negativa) que determina a hipótese de inadimplemento adequada, mas sim o tipo de dever descumprido no caso concreto, considerado o vínculo obrigacional como um todo. Desse modo, conclui-se que o descumprimento de obrigações negativas não é capaz, abstratamente, de servir como base para a violação positiva do contrato.

No tocante ao negligente cumprimento de deveres de prestação, verifica-se que a regulamentação que existe no ordenamento jurídico brasileiro, criando regras gerais para os vícios (seja de direito, seja do objeto), torna a aplicação da violação positiva um tanto mais complicada quanto no ordenamento alemão.

Todavia, a existência de uma teoria geral dos vícios não afasta a incidência da violação positiva do contrato, posto que ao lado de tais vícios (contrariedade a deveres de prestação) “pode-se constatar também o descumprimento de *deveres laterais*, motivadores claros da aplicação da *violação positiva do contrato*” (SILVA, 2002, p. 245).

Nesses casos, tem-se fatos independentes que podem gerar a negativa ao dever principal (de prestação) e, ao mesmo tempo, ao dever lateral de proteção, incidindo duas diferentes imputações (ainda que derivem do mesmo fato), nos termos do que ensina Peteffi da Silva (s. d., p. 40):

Notamos o mesmo tipo de falta em outros exemplos. Primeiramente vale destacar os danos provenientes do mau cumprimento da prestação. Como exemplo desse tipo de infração temos o de um fornecedor habitual de forragem, que entrega um lote de forragem com grãos venenosos que causam a morte de animais, ou do comerciante que recebe um lote de maçãs estragadas que passam a estragar a maçãs boas.

Observa-se que nesses casos teremos não apenas a afronta aos deveres laterais, mas também ao próprio dever principal da prestação. Entretanto, podemos observar que do mesmo ato surgem dois tipos de danos, os primeiros dizem

respeito aos tipicamente causados pela não realização da prestação e são abarcados pelas categorias da mora e do inadimplemento absoluto; os segundos são causados pela infração do dever lateral de proteção (a desídia com o restante do patrimônio do credor, ou seja, os animais que morreram e as maçãs que vieram a apodrecer). A diferença que notamos para com o exemplo do pintor é que naquele caso, os atos causadores do dano não estavam vinculados como os atos necessários para a prestação da obrigação principal.

Diante disso, verifica-se ser possível a incidência da violação positiva do contrato nos casos de negligente cumprimento dos deveres de prestação, desde que sejam causados danos distintos dos que surgem pelo inadimplemento relativo ou absoluto, quais sejam, aqueles decorrentes da ofensa a deveres laterais.

Quanto ao mau cumprimento de obrigações duradoras, entendidas estas como as que se protraem no tempo, até que transcorra eventual prazo fixado, uma das partes exerça o direito de denúncia, ou ambas, de comum acordo, resolvam dar fim ao que fora contratado, observa-se ser extremamente importante o vetor confiança na relação entre as partes contratantes.

O inadimplemento pela quebra do dever de confiança deve ser encaixado na teoria da violação positiva do contrato, na medida que “o rompimento dessa relação de confiança, por sua vez, não consubstancia por si inadimplemento absoluto ou mora, na medida em que, como visto, estes se prendem conceitualmente aos deveres de prestação” (SILVA, 2002, p. 255).

A esse respeito (PETEFFI DA SILVA, s. d., p. 41):

O terceiro caso de aplicação da teoria em nosso direito consubstancia-se nas hipóteses de obrigações duradoura, que ocorrem, exemplificativamente, nos contratos de fornecimento e nos contratos de trabalho. Essas obrigações são adimplidas permanentemente, “e assim perduram sem que seja modificado o conteúdo do dever de prestação, até o seu término pelo decurso do prazo, ou pela denúncia”. Como existe essa relação duradoura, mais importante torna-se a relação de confiança entre as partes, sustentada pelo princípio da boa-fé objetiva.

Deste modo, o inadimplemento das prestações singulares, além de gerar o dever de reparar os danos abarcados pela mora, podendo inclusive gerar o inadimplemento absoluto, pode também abalar a relação de confiança que existia entre as partes em relação ao possível adimplemento das obrigações futuras. Deste modo, parece que além dos danos causados pela não-prestação, pode nascer o direito de resilir o contrato, proveniente da quebra dos deveres laterais da boa-fé objetiva, principalmente do seu vetor confiança.

No mesmo sentido (NOGUEIRA DA GAMA; FERNANDES DE ARAÚJO, 2011, p. 133-134):

A circunstância crucial, nesse caso, é o rompimento da relação de confiança construída entre as partes ao longo da execução do contrato, confiança esta que as une e que se apresenta como sustentáculo da obrigação duradoura.

Sabe-se que a fidúcia se faz presente em toda relação obrigacional, mas, no caso específico das obrigações duradouras, assume um papel de relevância ainda maior. A confiança, contudo, não se enquadra como dever de prestação, de modo que seu rompimento não pode configurar qualquer das duas figuras clássicas do inadimplemento.

Trata-se, destarte, de verdadeira hipótese de violação positiva do contrato por descumprimento de dever lateral.

Acerca da recusa antecipada do devedor de cumprir com o devido “pode-se afirmar que, hoje, é em grande medida aceito na família Romano-Germânica e sobretudo fora dela, o entendimento de que a manifestação antecipada no sentido do inadimplemento provoca-o ou é capaz de provocá-lo” (SILVA, 2002, p. 257).

De igual forma aos exemplos citados anteriormente, a classificação da recusa antecipada como forma tradicional de inadimplemento ou violação positiva do contrato dependerá da espécie de dever que for violado, podendo ser os deveres de prestação (gerando inadimplemento tradicional) ou os laterais (dando azo à violação positiva).

Nesse sentido (PETEFFI DA SILVA, s. d., p. 42):

Finalmente, como quarta hipótese de incidência da violação positiva do contrato em nosso direito temos a quebra antecipada do contrato. Esse instituto teve a sua origem no *anticipated breach of contract* do direito anglo saxão, mas atualmente tem o seu reconhecimento solidificado nos países de direito continental, restando positivado no art. 72 da Convenção de Viena, que estabelece: “Se, antes da data do cumprimento, for manifesto que uma parte cometerá uma violação fundamental do contrato, a outra parte pode declarar a resolução deste.” Assim temos que a quebra antecipada do contrato pode se dar pela recusa expressa do devedor, bem como por sua conduta concludente em relação ao inadimplemento. Note-se que não observa-se a violação aos deveres principais e acessórios da obrigação principal, apenas teremos a violação positiva do contrato quando o devedor se portar contrariamente a um dever lateral, no sentido de atacar a relação de confiança entre as partes.

De igual forma (AGUIAR JÚNIOR, 2004, p. 126-128):

É possível o inadimplemento antes do tempo se o devedor pratica atos nitidamente contrários ao cumprimento ou faz declarações expressas nesse sentido, acompanhadas de comportamento efetivo contra a prestação, de tal sorte que se possa deduzir conclusivamente, dos dados objetivos existentes, que não haverá o cumprimento. Se essa situação se verificar, o autor pode propor a ação de resolução. O incumprimento antecipado ocorrerá sempre que o devedor, beneficiado com um prazo, durante ele praticar atos que, por força da natureza ou da lei, faça impossível o cumprimento.

[...] A prática de atos contrários ao contrato e a declaração do devedor de que não honrará a obrigação, devem estar devidamente demonstradas e

caracterizadas, criando uma situação que inevitavelmente levará ao descumprimento.

[...] **No incumprimento antecipado, não se pode propriamente vislumbrar uma quebra da obrigação principal**, porquanto ainda não se ofereceu o momento oportuno para a exigibilidade da prestação, mas existe aí situação que, desde logo, evidencia a impossibilidade da prestação sem nada mais ter-se que esperar. **Ao menos, há quebra da confiança quanto ao futuro cumprimento, não havendo nenhum interesse social na manutenção de um vínculo que, por tais razões, encontra-se gravemente ferido** (grifou-se).

Então, conforme já explicitado anteriormente, a violação positiva do contrato, no direito brasileiro, será a espécie de inadimplemento vinculada ao descumprimento de deveres laterais que surgem em razão da incidência da boa-fé objetiva na relação jurídica obrigacional, transformando-a no que se convencionou chamar de complexa.

Por fim, destaca-se haver discussão doutrinária acerca da necessidade da existência de culpa (em sentido lato) para a configuração da violação positiva do contrato. Quem defende a exigência da culpa, afirma que tal forma de inadimplemento decorre da ofensa a deveres laterais, deveres esse que, por diversas vezes, sequer são identificáveis em um primeiro momento.

A respeito (SILVA, 2002, p. 266-268):

Como já visto, a idéia genérica de inadimplemento independe da noção de culpa, razão pela qual se pode falar em “inadimplemento objetivo”. Contudo, as espécies individualmente consideradas podem prever a culpa como elemento de seu suporte fático. É o que ocorre com a mora, ou com a *violação positiva do contrato* no direito alemão.

Quanto ao direito brasileiro, parece não haver motivo para afastar-se desta orientação. A necessidade da culpa – entendida como descumprimento volitivo, por imprudência ou negligência, de dever de conduta – provém da própria ligação da *violação positiva do contrato* aos direitos laterais que, muitas vezes, mostram-se impossíveis de conhecimento concreto a priori. De outra parte, não é o *resultado* do inadimplemento o que é aqui especialmente visado, mas sim a *conduta* do partícipe da relação. Assim, por exemplo, se o cavalo, após o transporte, chega fraco ao lugar de destino, há que se avaliar não o resultado em si, mas sim se houve realmente conduta que tenha gerado a má alimentação. É possível que a ração comumente empregada para cavalos idênticos não pudesse ser administrada àquele animal específico, sem que tal fato tenha sido comunicado à transportadora. Nestes termos, não há motivo para se admitir que o suporte fático da *violação positiva do contrato* no direito brasileiro não contemplasse também a culpa do agente.

Todavia, tal posição não é pacífica na doutrina brasileira, valendo trazer à baila a opinião de Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Karina Gomes Alves Fernandes de Araújo (2011, 137-138), os quais entendem pela desnecessidade de comprovação da culpa:

No entanto, na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, foi editado o Enunciado n. 24, acerca do art. 422 do Código Civil, que positiva o princípio da boa-fé, com o seguinte teor:

“Art. 422. Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, *independentemente de culpa*” (grifo nosso).

Trata-se, sem dúvida, do reconhecimento da violação positiva do contrato como terceira via de inadimplemento pela doutrina brasileira mais abalizada, o que representa expressivo avanço. Porém, verifica-se, no enunciado, a diferença de ter sido considerada como um fenômeno puramente objetivo, sem a necessidade de se aferir a conduta do sujeito. De tal forma, a simples verificação de violação de dever lateral já configuraria desrespeito ao princípio da boa-fé, configurando, portanto, inadimplemento obrigacional.

Para corroborar esse entendimento, cabe mencionar o Enunciado n. 363, elaborado na IV Jornada de Direito Civil, também referente ao art. 422: “Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência de violação”.

Não obstante a opinião do respeito jurista supracitado [Jorge Cesa Ferreira da Silva], esse entendimento desenvolvido nas Jornadas de Direito Civil se mostra mais adequado.

Com efeito, seria verdadeiro contrassenso referir-se, de um lado, a deveres laterais decorrentes da boa-fé *objetiva* e, de outro, à violação positiva do contrato por descumprimento de deveres laterais como um instituto de índole *subjetiva*, com a exigência de perquirição da culpa do agente. Se a boa-fé objetiva é um “padrão de conduta objetivo, que deve ser observado em toda e qualquer relação jurídica”, não há sentido em que, violado um dever dela oriundo, se deva lançar mão da investigação da justificativa para este comportamento. O que deve existir – e isto é mais do que plausível – é o nexo de causalidade entre a violação dos deveres contratuais e a frustração dos interesses da outra parte.

Portanto, entende-se mais acertado o conceito objetivo da violação positiva do contrato, que a identifica com o inadimplemento decorrente do descumprimento de dever lateral, quando este não tenha vinculação direta com os interesses do credor na prestação, independentemente de verificação da culpa do devedor (grifou-se).

Com isso, verifica-se ser possível a atribuição de um conceito às hipóteses de violação positiva do contrato no ordenamento jurídico brasileiro, restando apenas analisar os efeitos práticos que o reconhecimento de tal modalidade de inadimplemento gera nas obrigações.

3.3. Aplicações práticas do reconhecimento da violação positiva do contrato como forma de inadimplemento

3.3.1 Consequências do reconhecimento da violação positiva como forma de inadimplemento no Brasil

A violação positiva do contrato, como forma de inadimplemento ao lado dos tradicionais inadimplementos absoluto e relativo, é amplamente aceita no ordenamento jurídico brasileiro, estando seu conceito vinculado à existência de vilipêndio a deveres laterais de conduta, oriundos da boa-fé na relação obrigacional.

Conforme já salientado mais de uma vez neste trabalho, o reconhecimento da violação positiva do contrato como forma de inadimplemento não se trata de mero academicismo exacerbado, porquanto tal situação trará aplicações práticas na resolução de casos concretos envolvendo a ofensa a deveres anexos de conduta.

Inicialmente, convém apresentar opinião doutrinária no sentido de ser desnecessária a utilização da violação positiva do contrato no ordenamento jurídico brasileiro (CUNHA, 2014, p. 84-89):

A primeira das situações relatadas por Staub refere-se à violação de deveres de omissão, como o de não alienar determinado item em local especificado. [...] Essa gama de situações, porém, não possui qualquer especialidade ou dificuldade de categorização no direito brasileiro e encontra-se inserida no próprio âmbito do descumprimento definitivo, o que conduz à conclusão de que, quanto aos deveres de omissão, a violação positiva não existe no ordenamento jurídico brasileiro ou, ainda, no português.

[...] O segundo conjunto de situações descritas por Staub diz respeito à violação de deveres de cuidado e de proteção [...] o que se faz compreensível na medida em que a responsabilidade extracontratual não é muito abrangente na Alemanha. [...] Contudo, o mesmo não ocorre no Brasil, visto que nesse sistema jurídico estabeleceu-se inicialmente uma regra geral de responsabilidade extracontratual, no qual a ninguém é permitido causar dano a outrem (*neminem laedere*). Quem o causa é, então, responsável pelo seu ressarcimento.

[...] O terceiro grupo de situações mencionadas por Staub refere-se à violação de deveres acessórios de conduta, a exemplo do dever de informação, como ocorreria se uma empresa fornecesse informações incorretas acerca da solvência de um cliente a uma firma concorrente. [...] No exemplo fornecido não seria necessária a defesa da existência da violação positiva do direito no ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que se poderia facilmente enquadrar o caso descrito na regra geral da responsabilidade extracontratual [...].

O quarto grupo de exemplos de Staub seria a violação a apenas um dever de entrega em um contrato de fornecimento continuado de produtos, como ocorreria se em um mês a cervejaria entregasse ao comerciante uma cerveja de pior qualidade. Para Pedro Romano Martinez, essas seriam situações típicas de incumprimento no direito português. No direito brasileiro, por sua vez, poder-se-ia estar diante de uma situação de incumprimento definitivo, ou ainda de mora, a depender da utilidade da prestação ao credor. Daí, conclui-se que esse grupo de violações positivas do crédito também não existe no direito brasileiro (assim como no português).

Outra gama de situações estabelecida diz respeito às declarações antecipadas de não cumprimento da prestação. Segundo Pedro Romano Martinez, essas declarações, por si, não representam qualquer violação ao contrato e se o devedor não efectuar a prestação devida no momento em que esta se vence, estar-se-ia diante de um incumprimento. [...] Essas hipóteses violam, sim, o contrato, mas essa violação não representa uma violação positiva, nem um cumprimento defeituoso, visto que nenhuma ação visando ao cumprimento da

obrigação fora adotada, razão pela qual se trata mesmo de incumprimento definitivo, mas antecipado do contrato.

[...] Por fim, o último grupo de exemplos diz respeito especificamente às hipóteses de cumprimento defeituoso propriamente dito. Como dito anteriormente, o surgimento da violação positiva do direito na Alemanha se faz compreensível na medida em que a responsabilidade contratual não é muito abrangente. Contudo, o mesmo não ocorre nem no Brasil nem em Portugal, visto que, nesses sistemas jurídicos, estabeleceu-se inicialmente uma regra geral de responsabilidade extracontratual, na qual a ninguém é permitido causar dano a outrem (*neminem laedere*).

As situações não abrangidas pela responsabilidade contratual encontram guarida na responsabilidade extracontratual. Assim sendo, inexistem situações que não se enquadram nesses dois conceitos, postos pelo próprio CCB, como ocorre na Alemanha. É por isso que não se justifica a criação no Brasil de uma figura autônoma que abarque as hipóteses que não se enquadram na responsabilidade extracontratual ou na contratual, pois todas as hipóteses que justificaram a criação da violação positiva do crédito na Alemanha já estão presentes no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive o cumprimento defeituoso (grifou-se).

Inicialmente, salienta-se que, quanto ao descumprimento de obrigações negativas, já se pacificou entre os que aceitam a violação positiva do contrato que tal situação não enseja sua aplicação, por não ser o tipo de obrigação que gera a incidência de referida teoria, mas sim a espécie de dever violado.

Não obstante, nas demais questões suscitadas, temos, com respeito à opinião da autora, que discordar, pelas razões que seguem: 1) na maioria dos exemplos citados, a autora utiliza de casos em que há a violação aos próprios deveres de prestação, desconsiderando a existência concomitante de deveres laterais, oriundos da boa-fé e formadores da noção da relação obrigacional complexa; e 2) quando trata dos deveres anexos, encaixa as situações como hipóteses de responsabilidade extracontratual, sendo este o principal ponto de divergência entre sua opinião e as do que aceitam a violação positiva do contrato no ordenamento jurídico brasileiro.

Com efeito, “a importância do tema [violação positiva do contrato], portanto, encontra-se na demonstração de que os casos de descumprimento de deveres laterais configuram verdadeiros casos de inadimplemento, capazes de provocar os efeitos comuns ao inadimplemento, como direito à resolução e a possibilidade de oposição de contrato não cumprido.” (MARTINS, 2011, p. 28-29).

No mesmo sentido, Rafael Peteffi da Silva (s. d., p. 43):

Vale lembrar que em nosso ordenamento, muitos dos danos provenientes da violação positiva do contrato poderiam ser compreendidos dentro da cláusula geral de responsabilidade civil extracontratual, consubstanciada no art. 159 do Código Civil. Entretanto, quando ao deslocar o espectro da violação dos direitos

laterais para o campo extracontratual, estaríamos privados de lançar mão de figuras como a resolução contratual e a exceção de contrato não cumprido, sendo necessário o ajuizamento de uma demanda reparatória toda vez que ocorresse uma infração desse tipo por parte do devedor.

Ainda, Jorge Ferreira da Silva (2002, p. 273-274):

10. Por certo que situações dessa ordem já eram protegidas pelo direito brasileiro, especialmente em face do artigo 159 do Código Civil. Contudo, trata-se apenas de proteção indenizatória. Como bem salientou STAUB ao cunhar a sua teoria, a consequência indenizatória é tão vinculada ao nosso sentimento de justiça que, muito dificilmente, alguém restaria não indenizado ante a ocorrência de um dano proveniente do descumprimento de um dever lateral. Porém, a classificação desses casos como hipóteses de inadimplemento mira não só a indenização, mas sobretudo a aplicação dos outros efeitos decorrentes do descumprimento, tais como a possibilidade de resolver o contrato ou de opor a exceção de contrato não cumprido, efeitos que não se viabilizariam se o caso fosse tratado, simplesmente, como descumprimento de dever geral.

11. A importância do tema, portanto, encontra-se na demonstração de que os casos de descumprimento de deveres laterais configuram verdadeiros casos de inadimplemento, em essência nada distintos dos descumprimentos dos deveres de prestação, capazes de provocar todos os efeitos comuns ao inadimplemento, como o direito de resolução e a possibilidade da oposição do contrato não cumprido. Por certo que, sejam os casos classificados como inadimplemento, sejam como descumprimento de deveres gerais de conduta, a responsabilização civil do sujeito ativo do dano nascerá. Contudo, o que se busca demonstrar é que, por vezes, o nascimento do dever de indenizar não representa a realização dos legítimos interesses do lesado. Assim, deixar de classificar as hipóteses de *violação positiva do contrato* como inadimplemento significaria não só restringir, injustificadamente, o âmbito do descumprimento obrigacional, como também – e principalmente – limitar a proteção do contraente lesado.

Vê-se, portanto, que, mormente em razão das consequências do reconhecimento da violação positiva do contrato como forma de inadimplemento (possibilidade de utilização das figuras típicas ao inadimplemento), faz-se necessário reconhecer a possibilidade de incidência de tal teoria no ordenamento jurídico brasileiro, não se mostrando ser a melhor solução incluir-se a ofensa a deveres laterais de conduta como caso de responsabilidade extracontratual.

3.3.2. Análise de casos hipotéticos para demonstrar a necessidade de utilização da violação positiva

De acordo com o que foi desenvolvido até o momento, a relevância no estudo do tema da violação positiva do contrato consiste, precipuamente, na geração de efeitos para

além da pura e simples responsabilidade extracontratual quando ocorrer a ofensa a um dos deveres laterais do contrato.

Sendo assim, mostra-se importante analisar a contrariedade, por uma das partes contratantes, a cada uma das categorias de deveres laterais estabelecidas no capítulo 2 do presente trabalho.

3.3.2.1 Violação positiva do contrato pela ofensa a deveres de proteção

Quanto aos deveres de proteção, podemos utilizar o exemplo do pintor que é contratado para realizar a pintura interna de um edifício, e o faz de maneira exemplar. Todavia, durante a realização do serviço, fica importunando os moradores constantemente, pedindo dinheiro emprestado, perturbando jovens e sendo grosseiro com crianças (SILVA, 2002).

Analisando-se esse caso pela ótica tradicional, considerando que não houve a caracterização de inadimplemento absoluto ou relativo, o contratante deveria realizar o pagamento ao pintor e, posteriormente, discutir eventual responsabilidade aquiliana em uma demanda ajuizada para tanto.

Caso resolvesse não pagar o executor da pintura, poderia acabar com uma ação judicial em seu desfavor, a fim de se cobrar o valor pactuado pelas partes, e, assim, ser condenado ao pagamento de juros moratórios e eventual multa contratual que houvesse sido entabulada.

Em uma situação como essa, utilizando-se a ótica tradicional, o máximo que o contratante poderia fazer seria apresentar reconvenção em referida demanda, pleiteando indenização pela conduta do pintor.

Os que se mostram contrário à incidência da violação positiva do contrato no direito brasileiro poderiam argumentar que a reconvenção seria julgada procedente, e, dessa maneira, o contratante se tornaria credor (indenização) e devedor (contrato) do pintor ao mesmo tempo, ocorrendo o fenômeno da compensação.

Todavia, conforme já se destacou, a consideração de que houve mora no adimplemento contratual faria com que o contratante tivesse que pagar juros moratórios e eventual multa contratual. Isso, em alguns casos, poderia levar o pintor a ter um crédito maior que o do contratante, de modo que este ainda teria que desembolsar certa quantia.

Por outro lado, entendendo-se como caso de incidência da violação positiva, o contratante poderia opor como defesa a exceção de contrato não cumprido, não precisando desembolsar qualquer valor a título de principal, juros moratórios ou multa contratual, porquanto se consideraria que o contrato não fora efetivamente cumprido pelo pintor.

Isso porque, durante a execução contratual, o pintor não observou o dever lateral de proteção, oriundo da boa-fé objetiva e incidente na relação obrigacional complexa, uma vez que, apesar de realizar a obra, o fez importunando os moradores do edifício.

Vê-se, então, que a incidência da violação positiva do contrato no ordenamento jurídico brasileiro não se trata apenas de academicismo exacerbado, pois, do exemplo acima, extrai-se efeitos concretos que referida teoria pode gerar na resolução de litígios envolvendo o descumprimento de deveres laterais anexos.

3.3.2.2 Violação positiva do contrato pela ofensa a deveres de informação e esclarecimento

Para demonstrar a necessidade de incidência da violação positiva do contrato por violação aos deveres laterais de informação e esclarecimento é possível utilizar o seguinte caso: um indivíduo contrata um botânico pesquisador para criar um pesticida para as plantas de seu jardim, porquanto os existentes no mercado não eram bom o suficiente.

Destaca-se, de início, não ser o caso hipótese de incidência das normas do direito consumerista, uma vez que o botânico é apenas pesquisador, não se encaixando no conceito de fornecedor previsto no CDC, não havendo, também, a figura do consumidor, sendo o caso de contrato civil comum. Tal distinção faz-se importante porque a legislação protetiva do consumidor positiva expressamente o dever de informação.

Voltando-se ao caso, o acordo entre as partes seria que o botânico criaria o pesticida e receberia metade do pagamento no início do contrato, e a outra metade seria dividida em 24 parcelas, com a primeira para depois da entrega do produto.

No inverno do primeiro ano de uso do produto, em um dia em que a temperatura estava a 3° Celsius, o indivíduo acordou e, como de costume, a primeira coisa que fez foi se dirigir até o seu jardim para regar suas plantas com o pesticida, que havia as protegido muito bem até então.

Para sua surpresa, quando borrifa o produto sobre as plantas, percebe que estas vão, lentamente, baixando suas folhas, até murcharem completamente. Surpreso com o ocorrido, se dirigiu até o laboratório do botânico, que informa que aquele produto somente poderia ser usado em temperaturas acima de 5° Celsius.

Indignado, o indivíduo pergunta por que motivo o botânico não prestou tal informação e demais esclarecimentos a respeito da utilização do produto, e este, como resposta, aduz que foi contratado para criar o produto, e que se o contratante quisesse informações a respeito da utilização, deveria ter colocado tal dever no contrato, o que não havia ocorrido.

Como o pacto foi dividido em 24 parcelas, e considerando que, no caso hipotético, o problema ocorreu já no primeiro inverno, temos novamente o impasse da resolução do caso concreto: utilizar a responsabilidade civil extracontratual ou encaixar como responsabilidade contratual por se tratar de hipótese de violação positiva do contrato por ofensa ao dever de informação?

Salienta-se, a fim de se evitar argumentos em sentido contrário, que não se pode encaixar tal situação como inadimplemento relativo ou absoluto conforme a divisão da doutrina tradicional. Isso porque tais formas de inadimplemento são decorrentes do descumprimento de um programa contratual bem definido. Por essa ótica, a alegação do botânico o isentaria de qualquer responsabilidade contratual, uma vez que realizou a prestação da maneira expressamente prevista no pacto.

Sendo assim, para se considerar o caso concreto como inadimplemento, precisa ser reconhecido que a contrariedade aos deveres laterais (no caso, de informação e esclarecimento) é hipótese de inadimplemento, e, conforme delineado neste trabalho, não há como se conceber isso sem a utilização da figura da violação positiva do contrato.

A relevância da utilização de tal teoria novamente se encontra na resolução do caso concreto, uma vez que, se for considerado apenas hipótese de responsabilidade extracontratual, gera o mesmo impasse destacado no exemplo anterior, e o contratante teria que continuar realizando o pagamento do produto (que foi feito em 24 parcelas), até o momento em que se tornasse credor do botânico e pudesse haver a compensação.

Por outro lado, entendendo-se como hipótese de incidência da violação positiva do contrato, o indivíduo que realizou o acordo com o botânico poderia deixar de efetuar os pagamentos e não sofrer nenhuma sanção por isso, uma vez que utilizaria, como forma de defesa, a exceção de contrato não cumprido.

3.3.2.3 Violação positiva do contrato pela ofensa a deveres de lealdade e cooperação

Por fim, analisaremos um exemplo de incidência da violação positiva do contrato nos casos de ofensa aos deveres laterais de lealdade e cooperação, novamente demonstrando a

aplicação prática da teoria e salientando a necessidade de sua utilização no ordenamento jurídico brasileiro.

Para ilustrar tal necessidade, imaginemos o caso de uma moça que possui uma anomalia em parte de seu corpo que a deixa incomodada, sentindo muita vergonha em razão disso. Desejando eliminá-la, procura um cirurgião plástico, a fim de realizar a operação. Como forma preparatória ao procedimento cirúrgico, o médico tira fotos da paciente, a fim de estudar o caso e decidir a melhor forma de realizá-lo. A cirurgia é perfeitamente realizada. O acordo entre as partes é para pagamento parcelado em 10 meses.

Decorridos 2 meses da realização da cirurgia, a moça fica sabendo que o médico está mostrando as fotos que havia tirado dela para outros clientes, em uma espécie de “antes e depois”, no intuito de convencer novos pacientes a também realizar operações. As partes nada pactuaram sobre a possibilidade de o cirurgião mostrar aquelas fotos a terceiros. Todavia, o médico tinha total ciência de que aquela anomalia incomodava muito a paciente, e que esta não tinha uma vida normal em razão disso.

Dessa forma, verifica-se, no caso, que o médico agiu de maneira desleal, ao tirar fotos ao argumento de serem para uma melhor avaliação do caso e utilizá-las para convencer outros pacientes a realizarem procedimentos cirúrgicos, mormente porque era sabedor da vergonha que a anomalia causava à moça em questão.

Não se pode alegar que tal situação acarreta em alguma das formas de inadimplemento tradicionalmente trabalhadas pela doutrina e jurisprudência brasileiras. Porém, mostra-se quase que injusto, e aqui falando até mesmo por senso comum, que a moça seja compelida ao pagamento das prestações que ainda estão por vencer.

Não obstante, se não for lançado mão da violação positiva do contrato, o caso deverá ser resolvido por meio de responsabilidade extracontratual, não havendo, assim, razão jurídica para se opor a eventual cobrança que o médico venha a realizar pelo débito oriundo daquela obrigação.

Assim, na hipótese de se tratar como responsabilidade civil aquiliana, a moça teria que continuar honrando com os valores da dívida, até completar as 10 prestações, e ajuizar uma ação indenizatória, a fim de cobrar a quantia que entendesse devida em razão da contrariedade aos deveres de lealdade e de cooperação por parte do cirurgião plástico.

Por outro lado, em se entendendo que a violação positiva do contrato tem incidência no ordenamento jurídico brasileiro, a moça que se submeteu ao procedimento cirúrgico pode deixar de realizar os pagamentos que em tese seriam devidos e, em caso de ser demandada em

ação de cobrança dos valores, opor exceção de contrato não cumprido pela ofensa aos deveres laterais de lealdade e de cooperação.

Sendo assim, com os três casos listados acima, mostra-se ser imperiosa a utilização da violação positiva do contrato no ordenamento jurídico brasileiro, em razão da correta classificação de casos como inadimplemento e das consequências jurídicas que tal situação acarreta.

3.3.3. Análise de casos julgados utilizando a violação positiva do contrato como razão de decidir na jurisprudência nacional

Por fim, passamos a uma análise da jurisprudência em diversos tribunais do país, a fim de verificar a existência de julgados que utilizam como razão de decidir a violação positiva do contrato, bem como para avaliar a forma como a teoria está sendo veiculada nessas decisões.

1) Inicialmente, cita-se julgamento da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de São Paulo, datado de 31-3-2015, prolatada pelo Desembargador Neves Amorim, nos autos da Apelação n. 0002302-27.2013.8.26.0008:

Conforme se colhe dos autos, a apelada celebrou contrato de compromisso de compra e venda em 20/09/2008, pelo qual adquiriu o apartamento nº 82 do “Residencial Grid”, situado na Rua Retiro, 95, Bairro Tatuapé/São Paulo, figurando a apelante como construtora do empreendimento.

No momento da entrega das chaves, após a assinatura do contrato de financiamento com a Caixa Econômica Federal para o pagamento do preço, foi exigido da adquirente o pagamento de 'saldo residual' no importe de R\$ 6.644,78, correspondente à correção monetária do saldo devedor, bem como às despesas relativas ao registro do imóvel, o que entende indevido. Sob o fundamento de que após a assinatura do contrato de financiamento deixou de ter qualquer vínculo com a construtora, a apelada ingressou em juízo postulando o ressarcimento do valor, já que indevida a cobrança.

[...] Como é elementar, a informação constitui dever lateral ou acessório de conduta do agente, na função integrativa do princípio da boa-fé objetiva. O dever de informação, ou de esclarecimento na lição clássica de Menezes de Cordeiro, implica que as partes estão obrigadas, a, “na vigência do contrato que as une, informarem-se mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo, de ocorrências que, com ele, tenham certa relação, ainda, de todos os efeitos que da execução contratual, possam advir” (Da boa-fé no direito civil, Almedina, p. 604).

A só violação ao dever anexo de informação e de esclarecimento configura violação positiva do contrato, dando azo ao reconhecimento do direito da apelada à restituição do valor desembolsado (sem grifos no original).

Vê-se, nesse primeiro caso, a utilização da violação positiva do contrato em razão da ofensa ao dever anexo de informação, pela ausência de prestação de esclarecimentos ao adquirente de um apartamento acerca da existência de valores devidos a título de “saldo residual”, os quais foram cobrados pela instituição responsável pelo financiamento quando da entrega das chaves.

A 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu que a construtora do empreendimento deveria ter informado ao adquirente a respeito de tais valores residuais, e a sua falta acarretou em responsabilidade da parte contratante, pela violação positiva do contrato. Na hipótese vertente, a consequência jurídica do inadimplemento da empreendedora gerou o dever de restituir o valor desembolsado pelo adquirente.

2) Em outro acórdão, também oriundo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (5ª Câmara de Direito Privado; Relator: Fábio Podestá; Apelação n. 9112646-82.2009.8.26.0000; Data de julgamento: 6-2-2013), é possível verificar, mais uma vez, a utilização da violação positiva do contrato como razão de decidir:

Insurgem-se os vendedores contra a decisão que os condenou em obrigação de fazer consistente na outorga da escritura definitiva do imóvel. **Alegam não estarem inadimplentes com a obrigação, haja vista não terem sido informados da concretização do desdobramento do bem até o momento. Asseveram que não houve nos autos qualquer comprovação de terem os compradores tentado estabelecer contato, deixando de apresentar cópia de notificação ou documento outro que atestasse tal tentativa.**

Os vendedores deixaram de considerar, como bem destacado na r. sentença vergastada, que se até a propositura desta ação não possuíam conhecimento do desdobramento do bem, a ciência inequívoca se deu com a citação, não havendo óbices outros para que deixassem de providenciar ainda que às expensas dos autores - a transferência do imóvel.

Isso porquanto o artigo 422 do Código Civil estabeleceu o dever de boa-fé entre os contratantes, saindo do plano intencional (boa-fé subjetiva) para um plano de conduta de lealdade das partes (boa-fé objetiva), relacionada com os direitos anexos ou laterais da conduta. Nesse contexto, motivados pelo dever de cooperação inerente à boa-fé objetiva, deveriam os compradores ter diligenciado no sentido de outorgar a escritura do imóvel, e assim não o fazendo, constituíram-se em estado de inadimplemento, por violação positiva do contrato decorrente da quebra de um dever anexo (o de colaboração).

Nas palavras do nobre jurista e Ministro aposentado, Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

“A boa-fé objetiva é hoje a cláusula geral mais lembrada para a solução dos litígios sobre relações privadas. Embora presente no âmbito do direito público, uma vez que sua posição de supremacia influencia também a ação administrativa, especialmente nos contratos, é no âmbito do direito civil na parte do direito obrigacional que essa ideia-força tem sido utilizada com regular frequência pelos tribunais em suas três principais funções: criar deveres secundários ou anexos, embora não previstos na lei ou no contrato; impor limites à ação das partes, embora permitida pela lei ou pelo contrato, pois os

direitos subjetivos somente podem ser exercidos no limite autorizado pela boa-fé, e auxiliar na interpretação das cláusulas contratadas. Afirmou-se que o princípio da boa-fé 'constitui cláusula geral implícita em todas as relações obrigacionais e contratuais havidas entre as partes, trazendo aos contratos e aos negócios jurídicos deveres anexos para as partes, tais como se comportarem com lealdade, confiança e probidade' (Resp. 1.102.424/SP)''(sem grifos no original).

Nessa segunda lide fica ainda mais evidente a utilização da violação positiva do contrato como forma de inadimplemento no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque os recorrentes foram considerados inadimplentes em razão do descumprimento do dever de cooperação, oriundo da boa-fé, com o reconhecimento da incidência da teoria objeto do presente trabalho ao caso.

Com efeito, a alegação principal do recurso era a inexistência do dever de outorgar a escritura definitiva do imóvel em razão da ausência de inadimplemento, o qual foi rechaçado pelo relator, que salientou expressamente a existência de obrigação de cooperação entre as partes contratantes e que sua contrariedade acarreta em inadimplemento.

3) Passa-se, agora, à apreciação de julgado oriundo da Corte Estadual de Santa Catarina, proferida nos autos da Apelação Cível n. 2012.070325-1, pela 2ª Câmara de Direito Civil, com relatoria do Desembargador Gilberto Gomes de Oliveira e julgamento datado de 2-5-2013:

SEGURO DE VIDA. NEGATIVA DE COBERTURA. HEPATOPATIA. OMISSÃO DO SEGURADO ACERCA DE DIAGNÓSTICO MÉDICO, INTERNAÇÃO HOSPITALAR E PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. SINISTRO OCORRIDO DIAS APÓS A REALIZAÇÃO DO CONTRATO. COMPROVAÇÃO, POR MEIO DE PRONTUÁRIOS MÉDICOS, DE TER SIDO O SEGURADO ACOMETIDO DE DOENÇA NO FÍGADO DIAS ANTES DA CONTRATAÇÃO. CAUSA DO ÓBITO. IMPROCEDÊNCIA. DESNECESSIDADE DE REQUISIÇÃO DOS EXAMES LABORATORIAIS E MÉDICOS. ÔNUS QUE INCUMBE À SEGURADORA. **QUEBRA DO DEVER ANEXO DE INFORMAR. VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. SENTENÇA MANTIDA.**

Se a seguradora não requisitar exames laboratoriais e médicos ao segurado por ocasião da contratação do seguro, assume a incumbência de comprovar a má-fé do aderente quando do preenchimento do cartão-proposta. Comprovada a má-fé por meio de prontuários médicos que deram conta que o segurado tinha ciência inequívoca do mal que lhe acometia, a manutenção da sentença é a medida que se impõe.

RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO

[...] É que a recorrida Liberty Seguros S/A sustenta que o segurado faltou com seu dever de informar a doença pré-existente, qual seja, a hepatopatia, incorrendo, assim, na violação positiva do contrato de seguro. Constata-se, portanto, que a controvérsia da lide gira em torno da boa-fé ou não por parte do segurado quando da realização do contrato de seguro.

Consabido é o dever do segurado de comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto (art. 769

do CC). Por conta disso, mais importante ainda é a avaliação dos riscos antes da contratação, motivo por que necessária a veracidade das informações prestadas pelo segurado.

[...] Ao tratar sobre os deveres anexos ou laterais de conduta, ínsitos a qualquer negócio jurídico e decorrentes da exigência de conduta leal dos contratantes, explica a doutrina que a sua quebra acarreta violação positiva do contrato, com responsabilidade civil objetiva daquele que desrespeita a boa-fé objetiva (in TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 2 ed. São Paulo: Método, 2012. p. 538).

Nesse contexto, em que pese a boa-fé objetiva do segurado consumidor ser presumida, a sua conduta omissiva quando da realização do pacto caracteriza desrespeito ao dever anexo de informar, mormente pelo fato de ter sido comprovada, por parte da demandada, a sua internação e realização de procedimento cirúrgico.

Por esses motivos: a) quebra do dever anexo de informar e consequente violação positiva do contrato; b) desnecessidade, no presente caso, de realização de exames médicos e laboratoriais, diante da boa-fé objetiva qualificada e da declaração de próprio punho do segurado de que estava em boas condições de saúde; c) irrelevância no fato de ser o segurado portador de obesidade mórbida, conforme anteriormente consignado; a manutenção da sentença é a medida que se impõe (sem grifos no original).

Na situação acima foi reconhecida a existência de vilipêndio ao dever de informação e a consequente violação positiva do contrato, em razão do segurado não ter informado a ocorrência de evento que aumenta o risco do pacto à seguradora contratante, isentando-a do pagamento do valor do seguro.

4) Em outro julgado, novamente do Tribunal Estadual Paulista, desta vez prolatado pela 3ª Câmara de Direito Privado, tendo como relator o Desembargador Jesus Lofrano, nos autos da Apelação n. 0000119-39.2009.8.26.0650, tem-se:

Narra a inicial que a autora sofreu uma queda no interior do estabelecimento da ré em razão do piso estar molhado, sem que houvesse isolamento da área. Em decorrência da queda, sofreu fraturas no segundo metatarso do pé direito, sendo imobilizada por aproximadamente trinta dias, além de se submeter a tratamento de fisioterapia. Requer a indenização dos danos materiais no valor de R\$1.500,00, referente às despesas com medicamento e locomoção, lucros cessantes pelo seu afastamento do trabalho, além dos danos morais.

[...] Em hipótese semelhante já anotou Francisco Loureiro, no julgamento da ap. 990.10.395405-0 que: “houve o que a melhor doutrina denomina de violação positiva do contrato. Embora não tenha havido vício propriamente dito na prestação de serviço por parte do supermercado, ocorreu má execução dos deveres laterais de segurança da cliente, que se acidentou no estacionamento do supermercado. Houve, assim, cumprimento imperfeito, pois a despeito da execução da prestação principal, a violação a dever lateral causou dano indenizável à contraparte (ver Jorge Cesa Ferreira da Silva, A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato, Renovar). (...) Houve defeito no serviço, por violação à segurança que razoavelmente dele poderia esperar o consumidor. No dizer de Gustavo Tepedino, o ilícito está na "sua desconformidade com uma razoável expectativa do consumidor, baseada na natureza do bem ou serviço, e, sobretudo, nas informações veiculadas, particularmente exigíveis, os possíveis efeitos danosos não são naturalmente percebidos" (A Responsabilidade Civil por

Acidentes de Consumo, na Ótica Civil-Constitucional, in Temas de Direito Civil, Renovar, p. 240).

Nesse caso, possível perceber que os julgadores consideraram que o caso não se tratava de vício do serviço propriamente dito, mas condenaram o comerciante a indenizar a consumidora em razão da contrariedade ao dever de segurança (o qual pode ser compreendido como integrante do dever de proteção, segundo a classificação adotada neste trabalho).

5) Por derradeiro, cita-se julgamento monocrático proferido pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Marco Aurélio Bellizze no agravo em recurso especial n. 647.385, com data de publicação de 2-3-2015:

Quanto ao mérito, o debate nos autos consiste em aferir a responsabilidade da recorrente em prestar informação clara e precisa a respeito da contratação do seguro de veículo no âmbito do contrato de compra e venda realizado em seu estabelecimento. Sob esse tópico, o Tribunal de origem, após exaustiva análise de fatos e provas, concluiu pela caracterização da responsabilidade solidária da concessionária de veículos e da seguradora, conforme se extrai do seguinte excerto do acórdão (e-STJ, fl. 185):

A autora adquiriu da corré Tempo Distribuidora de Veículos Ltda. o automóvel indicado na inicial e, por indicação dessa corré, contratou com a outra corré (Ouro Verde Campinas Corretora de Seguros Ltda.) seguro para o veículo. Saiu do estabelecimento com a garantia de que o carro estava, sim, segurado; recebeu recibo pela quantia referente à primeira prestação do seguro; e foi informada do número provisório da apólice (fls. 14/15). Se houve algum problema na contratação do seguro, deveriam as rés informar o fato à consumidora.

Com efeito, não há como dissociar a cláusula geral principiológica da boa-fé objetiva inserta no art. 422 do Código Civil no cumprimento dos deveres anexos em todas as fases do contrato.

Nesse contexto, o dever de informação que os contratantes guardam entre si constitui premissa elementar na consecução dos negócios, inclusive na fase pré-contratual.

Consequentemente, a inobservância aos deveres de informação, lealdade e comportamento ético acarreta nítida violação positiva do contrato, dando ensejo à indenização pelos danos sofridos (sem grifos no original).

Nessa última lide, percebe-se que a Corte Superior salienta que a incidência da boa-fé objetiva nas relações contratuais cria deveres anexos, os quais devem ser observados em todas as fases do processo, bem como que a ofensa a tais deveres gera a violação positiva do contrato, o que, no caso concreto, levou a uma indenização.

Da análise dos cinco julgados colacionados acima é possível perceber que a doutrina da violação positiva do contrato é aceita pelos tribunais brasileiros, havendo, inclusive, julgamento do próprio Superior Tribunal de Justiça em que este declarou a incidência de tal teoria em razão da ofensa a dever lateral incidente na relação obrigacional complexa.

A maioria dos casos acaba por resolver a questão condenando o ofensor do dever lateral ao pagamento de alguma indenização. Não obstante, isso não evidencia a desnecessidade da teoria no direito brasileiro, porquanto a resolução ocorreu dessa maneira em razão das próprias particularidades dos casos citados. Para reforçar o argumento, dá-se destaque ao julgamento apresentado por segundo, o qual efetivamente destaca a violação positiva do contrato como forma de inadimplemento.

Além desse reconhecimento jurisprudencial, nota-se que a melhor doutrina também acata a violação positiva do contrato como forma de inadimplemento, no ordenamento jurídico brasileiro, em razão da contrariedade a um dos deveres anexos da relação obrigacional.

Para reforçar o argumento, ressalta-se que, na primeira jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Centro de Estudos Jurídicos do CJF, e composta por especialistas com elevado saber jurídico na área, foi aprovado o enunciado n. 24, o qual dispõe: “Art. 422: em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”.

CONCLUSÃO

A teoria do inadimplemento, no direito brasileiro, é comumente trabalhada dividindo-o em duas formas, quais sejam, o inadimplemento absoluto – em que a obrigação torna-se impossível ou o credor não possui mais interesse legítimo no seu cumprimento – e o inadimplemento relativo – no qual a obrigação ainda pode ser cumprida, apenas ocorrendo posteriormente ao que fora estabelecido pelas partes.

Também podem ser enquadradas dentro da divisão acima as garantias legais de prestação, que são aquelas regras jurídicas que protegem os contratantes contra vícios de direito (evicção) e do objeto (redibitórios), pois se tratam de uma espécie de inadimplemento anterior à própria conclusão do vínculo obrigacional.

Não obstante, o sistema jurídico brasileiro, quando verificado pela ótica acima trabalhada, não abarca todas as hipóteses de inadimplemento faticamente verificáveis, uma vez que deixa em aberto situações concretas que podem ser qualificadas como descumprimento obrigacional.

Para se confirmar essa afirmativa, primeiro se deve entender que o ordenamento jurídico brasileiro, com o advento do Código Civil de 2002, adotou uma postura de abertura do sistema, positivando cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, estando, entre as primeiras, a boa-fé objetiva.

Com efeito, o Código Civil de 2002 positivou, expressamente, a cláusula da boa-fé objetiva, estabelecendo-a como uma das bases de sustentação da relação jurídica obrigacional. A boa-fé objetiva possui três funções: a interpretativa, a criativa e a limitadora, com cada uma dessas gerando consequências jurídicas próprias.

Na sua função criativa, a boa-fé objetiva faz surgir os deveres laterais, que são deveres obrigacionais sem fonte na ação volitiva das partes, os quais geram o alargamento da noção de relação jurídica obrigacional, a qual passa a ser entendida como complexa, ante o amplo feixe de obrigações a que se submetem as partes.

Dessa forma, a obrigação deixa de ser vista como simples vinculação ao cumprimento do programa contratual estabelecido entre as partes, na medida em que outros deveres são nela adicionados, ampliando-a. Esses outros deveres (laterais) não se relacionam com a prestação em si, mas sim com a satisfação global dos interesses daqueles envolvidos na relação obrigacional complexa.

Os deveres laterais, por outro lado, não são conhecíveis com antecedência, porquanto podem se manifestar de diversas maneiras na relação obrigacional. Todavia, para fins de

didáticos e de compreensão, podem ser reduzidos e compilados em três grandes grupos: os deveres de proteção, os de lealdade e cooperação, e os de esclarecimento e informação.

Na primeira seção desta monografia trabalhou-se com a lacuna do ordenamento jurídico brasileiro, que não abarca todas as formas de inadimplemento faticamente verificáveis. Na segunda, explicitou-se os pressupostos de aplicação da teoria que serve para preencher esse vazio, qual seja, a violação positiva do contrato.

Para se fazer a aplicação dessa teoria, foi necessário analisá-la em sua concepção originária no direito alemão, do que se pôde extrair a impossibilidade de simplesmente “importá-la” e aplicá-la no direito brasileiro, mormente em razão da ampliação do conceito dado à mora e da existência de uma teoria dos vícios no ordenamento jurídico brasileiro.

Concluiu-se, então, que, no direito brasileiro, a violação positiva do contrato se consubstancia na ofensa a deveres laterais que surgem em razão da incidência da boa-fé objetiva na relação jurídica obrigacional, transformando-a no que se convencionou chamar de complexa.

As implicações de tal conclusão não se restringem, tão somente, no campo conceitual e acadêmico, porquanto o seu reconhecimento permite a utilização de figuras típicas ao inadimplemento contratual (como a exceção de contrato não cumprido, por exemplo), na resolução de casos concretos.

A teoria é aceita pelos tribunais brasileiros, mas a maioria das lides são resolvidas no campo indenizatório. Não obstante, isso não é suficiente para afastar a violação positiva do contrato no direito pátrio, pois há demandas em que sua incidência gera o reconhecimento do inadimplemento e de consequências jurídicas que não seriam possíveis ocorrer se o caso fosse resolvido de outra forma.

Juntamente à jurisprudência, a melhor doutrina tem se referido à teoria da violação positiva do contrato como forma de inadimplemento no ordenamento jurídico brasileiro nos moldes delineados neste trabalho monográfico (ofensa a deveres laterais), havendo, inclusive, enunciado oriundo das jornadas de Direito Civil promovidas pelo Conselho da Justiça Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 10ª edição. Rio de Janeiro. Forense: 1997.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro, Aide, 1991.

_____. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro, Aide, 2004.

ALBUQUERQUE, J. B. Torres de; FIDA, Orlando. *Dos contratos no direito brasileiro*. 2. ed. Campinas: Mizuno, 2004.

ALMEIDA, João Batista de. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

AMARAL, Francisco. *Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, v. 121, jan. 1994.

ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor: código de defesa do consumidor*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 4. ed., Coimbra: Almedina, 1984.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

CUNHA, Lavínia Cavalcanti Lima. Cumprimento defeituoso: Conceito, Pressupostos e Comparativo com a Violação Positiva do Contrato. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, vol. 57, Porto Alegre, jun./jul., 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume III: contratos e atos unilaterais*. São Paulo, Saraiva, 2004.

LOBO, Paulo. *Direito Civil: Obrigações*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *Mora, inadimplemento absoluto e inadimplemento substancial das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon; FERNANDES DE ARAÚJO, Karina Gomes Alves. A violação positiva do contrato nas relações paritárias. *Revista Forense*, vol. 414, Rio de Janeiro, jul./dez., 2011.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUNES, Luiz Antonio Rizatto. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Teoria do adimplemento e modalidades de inadimplemento, atualizado pelo novo Código Civil*, (s. d.).

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão de contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti; atualizado por Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem. *Direito das obrigações: Negócios jurídicos bilaterais e negócios jurídicos plurilaterais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsol, 1971.

RIGHI, Eduardo; RIGHI, Graziela M. V. Boabaid. A complexidade obrigacional e a violação positiva do contrato no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Forense*, vol. 395, Rio de Janeiro, jan./fev., 2008.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil v. 3. *Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. *A boa-fé objetiva na relação contratual*. Barueri: Manole, 2004.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo de ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVEIRA, Alipio. *A boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1973.

VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. Vol. II, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1980.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil, I: Lei de introdução e parte geral*. 7. ed. São Paulo: Método, 2011.

VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. Vol. I, 3. ed., Coimbra: Almedina, 1980.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 14ª ed., São Paulo: Atlas, 2014.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Síntese de uma história das ideias jurídicas: da antiguidade à modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.